



## EL PROBLEMA DE LA JUSTICIA Y EL DERECHO NATURAL EN LA TEORIA PURA DEL DERECHO DE HANS KELSEN\*

CARLOS JOSE ERRAZURIZ MACKENNA

**SUMARIO:** I. LA CRITICA DE LA JUSTICIA Y EL DERECHO NATURAL EN KELSEN. II. LA JUSTICIA. A. La concepción kelseniana de la justicia. B. El contenido de las diversas normas de justicia. III. EL DERECHO NATURAL. A. La noción de Derecho natural según Kelsen. 1. El derecho natural como conjunto de doctrinas teológicas. 2. El derecho natural como orden normativo distinto y paralelo al derecho positivo. 3. El derecho natural como moral social. 4. El fundamento teológico del derecho natural. 5. El derecho natural como algo ajeno a la historia. 6. La "función conservadora" del derecho natural. 7. Las fuentes de inspiración de la noción kelseniana. B. Las razones del rechazo kelseniano del derecho natural. 1. Los principales argumentos kelsenianos. 2. La separación entre el ser y el deber-ser. 3. La separación entre razón y voluntad. 4. El monismo iuspositivista. 5. El relativismo de los valores. 6. El agnosticismo metafísico y teológico. 7. La concepción positivista del saber. 8. Las contradicciones del iusnaturalismo según Kelsen. IV. ALGUNAS LINEAS DE SUPERACION CRITICA. A. El fundamento de validez del derecho positivo. B. Unidad entre el derecho natural y el derecho positivo: la unidad del derecho. C. El derecho natural en la ciencia del derecho. D. El fundamento trascendente del derecho natural. ABREVIATURAS.

### I. LA CRITICA DE LA JUSTICIA Y EL DERECHO NATURAL EN KELSEN (1).

El positivismo kelseniano está esencialmente vinculado

---

(\*) Director de la tesis: Prof. Dr. Javier HERVADA. Fecha de defensa: 4.VII.84.

(1) Sobre esta materia, vid. J. MOOR, Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus, "Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre" cit., pp. 58-105; K. ENGLIS, Hans Kelsens Lehre von der Gerechtigkeit. Ein Beitrag zur Theorie der gesellschaftsordnung



con su rechazo del derecho natural y de la justicia, en cuanto temas que serían completamente ajenos a la ciencia jurídica. Si bien en sus primeros escritos las referencias a esta materia eran escasas, ya estaba implícita la actitud fundamental del autor -su repulsa-, puesto que suscribía un claro monismo jurídico, conforme al cual el derecho se reduciría al derecho positivo.

Pronto, sin embargo, la crítica al iusnaturalismo se introdujo en la doctrina kelseniana de forma temática, incluyéndose en publicaciones dedicadas a diversos problemas de teoría jurídica (2), o haciéndola objeto de trabajos monográficos. Los primeros artículos específicos sobre este asunto se remontan a los años 1927 y 1928 (3). El escrito más extenso de esa primera época acerca de este problema es Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus (Los fundamentos filosóficos de la doctrina del derecho natural y del positivismo jurídico) (1928) (4). La preocupación de Kelsen por este tema continuará, de manera casi ininterrumpida, hasta el fin de su vida. De entre sus múltiples trabajos en este campo (5), nos parece que los siguientes son especialmente dignos de destacar: The Metamorphoses of the Idea of Justice (Las metamorfosis de la idea

---

gen, "Archiv für Rechts und Sozialphilosophie", 47 (1961), pp. 301-332; A.F. UTZ, Die Gerechtigkeit, der "Prüfstein naturrechtlichen Denkens. Zur neuesten Naturrechtskritik von Hans Kelsen, "Die Neue Ordnung" (Colonia), 15 (1961), pp. 187-194; E. LALAGUNA, La posición del Kelsen en el renacimiento del derecho natural, "Ius Canonicum", 2 (1962), pp. 585-595; R. AZPURUA AYALA, El derecho natural y la idea de justicia en la obra de Hans Kelsen, Caracas 1964; F. QUINTANA, El problema de la Justicia en Kelsen, "Revista de Ciencias Sociales", 6 (1974), Valparaíso, pp. 93-139.

(2) Ya desde su artículo Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, "Archiv des öffentlichen Recht", 31 (1913), pp. 53-98, 190-249.

(3) KELSEN, H., Die Idee des Naturrechtes, "Zeitschrift für öffentliches Recht", 7 (1927-1928), pp. 221-250; y Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses, "Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts", 2 (1927-1928), pp. 71-94. Del primero existe traducción castellana: La idea del Derecho Natural, en el volumen del mismo nombre. Ed. Losada, Buenos Aires, 1946, pp. 13-52.

(4) Pan-Verlag Rolf Heise, Charlottenburg 1928.

(5) Cfr. la enumeración de los principales en R.A. METALL, Hans Kelsen, Vida y Obra, cit., pp. 114-115. Kelsen escribió trabajos especializados sobre las doctrinas de Platón, Aristóteles, la Sagrada Escritura y el teólogo protestante Emil Brunner.





de justicia) (1947) (6); The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science (La doctrina del derecho natural ante el tribunal de la ciencia) (1949) (7); Was ist Gerechtigkeit? (¿Qué es justicia?) (1953) (8); la colección de ensayos en inglés también titulada What is Justice? (¿Qué es Justicia?) (1957) (9); Justice et Droit Naturel (1959) (10), incluido luego como apéndice de la segunda edición alemana de Teoría Pura, con el nombre de Das Problem der Gerechtigkeit (El problema de la justicia) (1960); y su último escrito de cierta extensión sobre estos temas: Die Grundlage der Naturrechtslehre (El fundamento de la doctrina del derecho natural) (1963) (11), centrado en la tesis de que el derecho natural ha de tener necesariamente un fundamento teológico. En nuestra exposición seguiremos, en líneas generales, el contenido del apéndice sobre el problema de la justicia que figura en la última edición de la Teoría Pura. Nos atendremos a la traducción castellana -Justicia y Derecho Natural (12)- hecha sobre la base de la versión francesa de 1959. Las variaciones con respecto a la edición alemana del año siguiente son de escasa monta. Por dos razones hemos elegido esta síntesis como pauta de nuestra exposición: porque, por voluntad de Kelsen, se incluyó como apéndice de su obra principal -la Teoría pura del derecho-, en su segunda edición en alemán en 1960; y debido a que corresponde al último tratamiento

---

(6) En "Interpretations of Modern Legal Philosophies. Essays in Honor of Roscoe Pound", Oxford University Press, Nueva York 1947, pp. 390-418.

(7) En "The Western Political Quarterly", 2 (1949), pp. 481-513.

(8) F. Deuticke, Viena 1953.

(9) Se subtitula Justice. Law and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays, University of California Press, Berkeley-Los Angeles, 1957 (trad. ¿Qué es Justicia?, Ed. Ariel, Barcelona-Caracas-México 1982).

(10) En AA.VV., "Le droit naturel", Presses Universitaires de France, París 1959 (trad.: Justicia y Derecho Natural, en AA.VV., "Crítica del Derecho Natural", Taurus, Madrid 1966).

(11) En AA.VV., "Das Naturrecht in der Politischen Theorie", Springer, Viena 1963, pp. 1-37. Es una ponencia de Kelsen en un coloquio con iusnaturalistas que tuvo lugar en Salzburgo en 1962. Un resumen, que recoge la exposición oral en aquella ocasión, se encontrará en "Ius Canonicum", 2 (1962), pp. 577-584, bajo el título Bases de la Teoría del Derecho Natural.

(12) Para referirnos a esta traducción usaremos la abreviatura JDN. Indicaremos, además de las páginas el número del párrafo, para facilitar la búsqueda del pasaje en otras ediciones.



completo de esta problemática dentro de la bibliografía kelseniana.

Hans Kelsen es tal vez el más decidido y perseverante adversario del derecho natural en nuestro siglo. Demostró un afán constante por criticarlo a fondo, con el ánimo siempre renovado de desterrarlo del quehacer científico de los juristas. Siempre estimó esta parte de su labor como íntimamente unida a la construcción positiva de su teoría jurídica (13), como lo manifiesta el hecho de que en sus obras de ciencia del derecho haga constantes referencias al derecho natural y a la justicia, y de que en sus escritos sobre estas cuestiones aluda con frecuencia a las conclusiones de su Teoría Pura.

En las primeras ediciones de la Teoría Pura el autor trataba de la justicia y el derecho natural en el cuerpo del libro (14). En 1960, fuera de que lo toca varias veces a lo largo de los diversos capítulos (15), le consagra el extenso apéndice mencionado. Cabría preguntarse cuál es el significado de este cambio sistemático. Pensamos que no reviste particular relevancia: la vinculación entre el positivismo puro y la crítica del iusnaturalismo permanece intacta. Quizá la misma amplitud con que en esta ocasión nuestro autor ha querido desarrollar esta temática, le haya inducido a trasladar la a un anexo. Por lo demás, puede que influya el deseo de resaltar la diversidad de niveles epistemológicos que media entre su quehacer como artífice de la Teoría Pura -situado en los dominios de la ciencia del derecho en sentido estricto-, y su tarea de crítico del derecho natural -encuadrada conforme a su opinión, en el terreno de la filosofía jurídica (16). En Justicia y Derecho Natural, Kelsen declara, sin embargo, que su labor de crítica pretende ser científica: en efecto, su filosofía jurídica es netamente negativa, ya que, en nombre de la ciencia, rechaza un conocimiento racional de objetos no captables por las ciencias positivas.

En todos sus trabajos sobre la doctrina del derecho natural se encuentran las mismas ideas de fondo, aunque formuladas de muchos modos diversos y apoyadas en una amplia variedad de argumentaciones. Lo central de su pensamiento a

---

(13) Cfr. R.A. METALL, Hans Kelsen, Vida y Obra, Universidad Nacional Autónoma, México 1976, pp. 73 y 114 ss.

(14) Cfr. TP (ed. fr.), pp. 55-69, y 101-112; TP (1ª ed. al.), nn. 8-11, pp. 37-51.

(15) Cfr. TP (2ª ed. al.), nn. 1-13, pp. 76-82; n. 34i) j), pp. 228-232, además de otras muchas alusiones más circunstanciales.

(16) Qu'est-ce que la philosophie du droit?, "Archives de Philosophie du Droit", 7 (1963), p. 131.



este respecto es una combativa negación, consecuencia inmediata de la "pureza"; el derecho natural no es derecho. No obstante, como labor previa e indispensable, Kelsen examina con detalle las doctrinas iusnaturalistas, y de este estudio pueden extraerse interesantes conclusiones en torno a lo que podría llamarse la idea kelseniana del derecho natural. Este trabajo nuestro procurará sobre todo avanzar algo en esa dirección, que, a nuestro juicio, permite sacar valiosas enseñanzas.

De acuerdo con la sistemática de Justicia y Derecho Natural, dividiremos nuestra exposición en dos partes. En la primera analizaremos la crítica kelseniana de la justicia, procurando mostrar la peculiar noción que nuestro autor maneja, e intentando una valoración de sus desarrollos acerca de las "normas de justicia". La segunda parte estará destinada al derecho natural, y se subdividirá en dos apartados: uno sobre el concepto de derecho natural en Kelsen, y otro que resumirá las razones de su rechazo del iusnaturalismo. Conviene advertir que, en la obra del autor, las expresiones "justicia" y "derecho natural" vienen a ser casi sinónimas, como quedará de manifiesto una vez que se conozca cómo las interpreta. Sin embargo, puede decirse que la doctrina del derecho natural, para Kelsen, aparece como una de las teorías que propugnan la existencia de normas absolutas de justicia: sería aquélla que hace derivar dichas normas a partir de la naturaleza (17). Pero indudablemente siempre la considera como la más importante de esas teorías, y, por ello, el derecho natural aparece también a menudo en la sección concerniente a la justicia. De ahí que la división hecha por el autor no corresponde tanto a una diversidad en la materia tratada, cuanto más bien a una doble vía crítica que recorre el jurista vienés: por un lado, pretende mostrar la vaciedad de las formulaciones en que se expresan las "normas de justicia", y por otro, impugna las bases de la doctrina del derecho natural, comparándolas con las de la Teoría Pura. Como es obvio, ambas vías son convergentes en cuanto le llevan a desechar, como no jurídico, todo aquello que no cabe en los estrictos moldes del iuspositivismo.

## II. LA JUSTICIA (18)

### A. La concepción kelseniana de la justicia.

"La justicia es una propiedad que puede aplicarse a objetos diversos y, en primer lugar, a los seres humanos. Se

---

(17) Cfr. JDN, n. 30, pp. 102-103.

(18) Cfr. ibidem, A. "Las Normas de Justicia", nn. 1-27, pp. 29-98.





dice así de un hombre, en particular de un legislador o de un juez, que es justo o injusto. En este sentido, la justicia se manifiesta como una virtud humana. La virtud de la justicia, como toda virtud, constituye una categoría de carácter moral y bajo este aspecto pertenece, pues, al campo de la ética" (19).

Así comienza la primera parte de Justicia y Derecho Natural. Como se ve, Kelsen considera a la justicia ante todo como virtud, con lo que modifica su enfoque anterior, que la veía primariamente como cualidad de un orden social que regula las relaciones mutuas entre los hombres, y sólo secundariamente como virtud (20). Sin embargo, esta modificación no conlleva ninguna transformación en la noción de justicia que utiliza el autor. En efecto, inmediatamente después describe lo que llama la "norma de justicia" y se centra, de allí en adelante, en una perspectiva netamente normativista, hasta el punto de que el título de toda la primera sección es precisamente "Las normas de justicia".

Observemos cómo pasa de la virtud a la norma, mostrándonos que, incluso en cuanto virtud, la justicia sería primordialmente adecuación a la norma. "Ahora bien, la cualidad o virtud de la justicia que se atribuye a un hombre es algo que se manifiesta en su comportamiento, concretamente en su comportamiento con respecto a los demás hombres, es decir, en su comportamiento social. Este comportamiento social del hombre será justo cuando sea conforme a una norma que lo prescribe; es decir, que lo instaure como deber. Será injusto, en cambio, cuando sea contrario a una norma que prescribe un determinado comportamiento que, a causa de ello, ha adquirido valor de justicia. La justicia de un hombre es la justicia de su comportamiento social. Y la justicia de su comportamiento social consiste en que es conforme a una norma que constituye el valor de justicia. Esta norma puede ser, pues, denominada norma de justicia. Dado que las normas de la moral son normas sociales, es decir, normas que regulan el comportamiento de determinados hombres con respecto a otros, resulta que la norma de justicia es una norma moral; en consecuencia, también desde este punto de vista la noción de justicia pertenece igualmente al campo de la moral" (21).

Dentro de la moral, concebida de modo esencialmente social, Kelsen acota el sector de la justicia en razón de refe

---

(19) Ibidem, n. 1, p. 29.

(20) Cfr. ¿Qué es Justicia?, cit., pp. 35-36. Sobre la justicia como virtud se consultará con provecho la excelente obra de J. PIEPER, Las virtudes fundamentales, Ed. Rialp, Madrid 1976, pp. 83 ss.

(21) JDN, n. 1, pp. 29-30.



irse al trato con respecto a los demás. Lo aclara con un ejemplo: la norma "nadie debe darse muerte a sí mismo" puede ser norma de una moral, que prohíbe semejante conducta a causa de sus efectos perniciosos sobre la sociedad, mas no podría ser norma de justicia, porque no mira al trato que ha de darse a otro. En cambio, castigar o no la tentativa de suicidio sí que es un problema de justicia, ya que está en juego un determinado tratamiento que debe aplicarse a los hombres. Por tanto, para Kelsen, toda norma moral que regule un comportamiento humano que se refiere a otro ser humano constituiría una norma de justicia. Basta la nota de alteridad para que, en su opinión, estemos ante un problema de justicia. Toda alusión al derecho como objeto de la justicia brilla aquí por su más completa ausencia.

Enseguida se refiere a la justicia como norma y criterio de la realidad. Como toda norma, la justicia aparece como patrón valorativo de lo real, o sea del comportamiento humano, calificado como justo o injusto. Kelsen mantiene fielmente su rígida incomunicación entre realidad y valor. Una acción, por ende, no sería justa o injusta en sí misma, sino en relación a una norma de justicia con la que se confronta. La realidad es así valorada por la norma, de modo positivo o negativo.

Lo expuesto hasta ahora no plantea especiales problemas para el jurista de Viena. Se trata simplemente de la existencia de normas morales de un determinado tipo, entendidas como parte de un sistema social diverso y completamente separado del orden jurídico (22). El problema surge cuando se pretende que esas normas morales de justicia sirvan como criterio de valoración, ya no de las conductas humanas, sino también de las normas de un orden jurídico positivo. De esta manera, se podría juzgar al derecho positivo como justo o injusto, bueno o malo, lo cual implicaría la posibilidad de valorar una norma por medio de otra norma. "Supone esto -explica el autor- que ambas, la norma de justicia y la norma de derecho positivo, son consideradas simultáneamente como válidas, cosa que resulta imposible cuando las normas son contradictorias. En este supuesto, sólo una de las dos puede ser considerada válida. Así tenemos: frente a una norma de justicia que se supone válida, una norma de derecho positivo que la contradiga no puede ser considerada válida; o en caso contrario: frente a una norma de derecho positivo que se supone válida, una norma de justicia que la contradiga no puede ser considerada válida" (23). Aunque esta formulación no se avenga con las últimas posiciones de Kelsen en el tema de la aplicación del principio de contradicción a las normas, pensamos que incluso en este postrer contexto, el nú-

---

(22) Cfr. TP (2ª ed. al.), cap. II.

(23) JDN, n. 3, pp. 31-32.



cleo de la argumentación continúa siendo válido dentro de la Teoría Pura: en el fondo, es una afirmación de rigurosa separación entre derecho y moral. Por eso, desde un enfoque iusnaturalista, no podrá haber normas válidas de derecho positivo que se opongan al derecho natural. Tales normas serían inválidas, y, por tanto, inexistentes como normas. Más aún: "Si la norma de derecho positivo no es válida sino en la medida en que corresponde a la norma de justicia, se deriva de aquí que el elemento válido de la norma de derecho positivo no es otro sino la norma de justicia (...). Ello viene a significar que, en esta teoría, sólo se supone validez al derecho natural, es decir, a la norma de justicia y no al derecho positivo en cuanto tal" (24).

En consecuencia, nuestro autor no admite un dualismo entre el derecho natural y el derecho positivo, que los considere como dos órdenes normativos simultáneamente válidos. Para él, ese dualismo debe disolverse en alguna dirección: o bien hacia un monismo iusnaturalista -que supondría negar la validez intrínseca del derecho positivo-, o bien, como él lo hace, hacia un monismo puramente positivista. Lo que de ninguna manera podría darse es una valoración de normas por otras normas, ya que ello sería absurdo: "¿Cómo una norma que constituye un valor (y toda norma válida constituye un valor), cómo el valor mismo puede ser valorado? (...). Un valor dotado de valor, una norma conforme a la norma es un pleonismo; un valor extraño a todo valor, una norma contraria a la norma constituye una contradicción interna" (25).

Llegamos así a lo que, para Kelsen, constituye la clave de la distinción entre iusnaturalismo y positivismo jurídico: "La validez del derecho positivo es independiente de su relación con una norma de justicia: esta afirmación constituye la diferencia esencial entre la teoría del derecho natural y el positivismo jurídico" (26). Caracterizando al positivismo, insiste en distinguir y separar el valor jurídico de las normas -o sea, su validez, tal como se concibe en la Teoría Pura-, y su valor de justicia, que, como no afectaría a la validez de la norma, se atribuye directamente no a la norma misma, sino al acto que la crea. Por consiguiente, al sostener que una norma de derecho positivo es injusta, se querría decir que el acto que la produjo se valora, conforme a determinada norma de justicia, como injusto, pero ello carecería de repercusiones jurídicas.

Como se puede apreciar, en la concepción del creador de la Teoría Pura, la norma de justicia -si se aceptase como

---

(24) Ibidem, n. 3, p. 32.

(25) Ibidem, n. 3, pp. 32-33.

(26) Ibidem, n. 4, p. 33. El subrayado es nuestro.





válida- no sería un mero ideal o idea del derecho, al margen de los cuales el derecho positivo podría seguir siendo considerado como derecho. Por el contrario, la norma de justicia aparece como auténtica norma jurídica, superior al derecho positivo, y de la que dependería el valor de toda norma positiva.

A continuación afirma el carácter necesariamente general inherente a toda norma de justicia. "Una norma es general cuando su validez (es decir, la obligación de seguirla y aplicarla) no se da solamente, como en la norma individual, para un único caso, sino para un número a priori indefinido de casos iguales" (27). En este aspecto -señala Kelsen- se parece al concepto abstracto, pero inmediatamente recuerda su distinción entre este último, como función del conocimiento, y la norma, en cuanto función de nuestro deseo o voluntad. Por eso, no cabría deducir una norma a partir de un concepto: implicaría el tránsito indebido entre lo que es y lo que debe ser.

De las normas generales de justicia -usando el plural del que, conforme a su relativismo, nuestro autor gusta sobremanera- se deducirían normas individuales, en virtud de lo que llama el "silogismo normativo". Su premisa mayor enuncia la norma general, mientras que en la menor se contiene el supuesto fáctico correspondiente, y en la conclusión la respectiva norma individual. Por ejemplo: "si todos los hombres deben decir la verdad, y yo soy hombre, luego yo debo decir la verdad" (28).

Reitera su concepción de la norma fundamental, que, habría de existir en todo sistema normativo. Y por tanto, también en las normas de justicia. La norma de justicia siempre debería encontrar su fundamento de validez en otra norma superior, no en la realidad, y como este proceso de justificación normativa ha de tener un fin, se llega a la correspondiente Grundnorm. Y termina esta parte de su exposición con las siguientes palabras: "La justicia es así, en último instancia, la propiedad de una norma suprema que no puede ser a su vez deducida, es decir, que no puede ser legitimada por nada diferente de ella misma y que se presupone objetivamente válida, una norma, pues, que prescribe un determinado trato que los hombres deben aplicar a los demás y que constituye de este modo un valor específico, el valor de justicia"

---

(27) Ibidem, n. 5, p. 37.

(28) Cfr. Allgemeine Theorie der Normen, Manz, Viena 1979, pp. 203 ss. donde se reformula esta doctrina, en armonía con sus últimos desarrollos sobre derecho y lógica: resalta que no hay deducción entre norma general e individual, pero sí una fundamentación de validez, que puede ser expresada en un silogismo teórico, no normativo.

Antes de pasar adelante, conviene hacerse cargo de las peculiaridades de la precedente definición de la justicia. El método más sencillo para ello consiste en compararla con la clásica definición: virtud que inclina a la voluntad a dar a cada uno lo suyo, esto es, su derecho. De entrada se nota que el enfoque kelseniano se aparta de la consideración de la virtud que atiende a la real existencia de un hábito humano centrándose exclusivamente en la norma. Además, la justicia kelseniana se desconecta enteramente del concepto de "lo suyo", es decir, del objeto que especifica a la justicia como virtud. Es muy lógico, por tanto que el campo regido por las "normas de justicia" se extienda -en la exposición de nuestro autor- a todo aquello que podría denominarse "moral social", sin que sea posible distinguir, por ejemplo, entre obligaciones de justicia y otro tipo de obligaciones sociales, como las de caridad.

Por otra parte, la noción manejada por el autor está condicionada en forma muy inmediata por todos y cada uno de los presupuestos que le han servido para la construcción de su Teoría Pura. En primer lugar, es patente su aplicación del principio de separación Sein-Sollen: la justicia se relega al ámbito del Sollen, y se niega una conexión con el Sein que pudiera llevar a concebir acciones injustas en sí, o a captar exigencias de justicia derivadas de la misma realidad social. A la vez, se traslada la teoría de la Grundnorm al campo de las normas de justicia, lo que en definitiva constituye también una aplicación de la separación entre el ser y el deber ser, que impide fundar una norma en la realidad. El positivismo, y su corolario relativista, cumplen asimismo una destacada función a la hora de intentar una simple descripción empírica de "las normas de justicia" que de hecho regulan la convivencia humana, y una cabal desvinculación de las mismas con respecto a todo cuanto excede una percepción a través de los sentidos: la naturaleza humana, los fines naturales del hombre, etc.

En fin, para darse cuenta del alcance del concepto que nos presenta el autor, no es menos decisivo percatarse del "deductivismo" que le induce a conceptualizar la moral como un elenco o catálogo de preceptos que se aplicarían en cada caso mediante simple razonamiento silogístico. Conforme a su doctrina sobre los sistemas normativos de tipo "estático", Kelsen piensa que también las relaciones entre las normas morales serían reconducibles a esquemas de inferencia deductiva, sin perjuicio de que se acuda a una voluntad positiva que implanta las normas y de que, en último término, haya necesidad de presuponer una norma básica de cada orden moral. No obstante, a la luz de su obra póstuma Teoría general



de las normas, en la que sostiene que el principio de inferencia es inaplicable a las normas (30), este deductivismo no correspondería a la visión kelseniana de la moral, sino que habría de atribuirse sólo a las doctrinas morales que el autor pretende criticar. En todo caso, este elemento pertenece indudablemente al concepto kelseniano de la justicia y del derecho natural.

De este modo, están ya puestas las bases sobre las cuales Kelsen desenvolverá su crítica disolvente de la justicia. El valor de todo su esfuerzo, como es evidente, depende de la solidez de tales presupuestos.

### **B. El contenido de las diversas normas de justicia.**

"Para el establecimiento de normas fundamentales válidas se presupone, en efecto, una pluralidad de normas de justicia diferentes y contradictorias. Un examen científico del problema de la justicia debe partir de estas normas fundamentales, es decir, de las representaciones y de los conceptos que los hombres han dado efectivamente, tanto en el presente como en el pasado, de eso que denominan 'justo', de eso que califican de justicia. Su objetivo es analizar las diversas normas que los hombres, juzgando una cosa 'justa', presuponían válidas, debiendo hacer este análisis de manera objetiva, es decir, sin realizar juicios de valor, sin presuponer ya como válida una de esas normas" (31). Por ello, la ciencia debe limitarse, en opinión de Kelsen, a describir las normas de justicia fácticamente dadas, sin pronunciarse sobre lo que es justo, renunciando a prescribir el trato que ha de darse a los hombres.

Junto a esa descripción, Kelsen también asigna a la ciencia el cometido de intentar encontrar en las diferentes normas de justicia un elemento común, para llegar así a un concepto general de justicia. De entrada anuncia el resultado de su investigación: ese concepto general "(...) será el concepto de una norma esencialmente general que prescribe que en unas circunstancias dadas debe ser aplicado a los hombres un determinado trato sin afirmar nada en absoluto sobre las modalidades de dicho trato: será, pues, a este respecto algo completamente vacío" (32).

El resto de la primera parte del ensayo analiza con

---

(30) Cfr. Allgemeine Theorie der Normen, cit., pp. 185-191.

(31) JDN, n. 8, p. 259.

(32) Ibidem, n. 8, pp. 259-260.





cierto detenimiento las que, a juicio del autor, son las principales normas de justicia. El elenco propuesto por Kelsen se atiene, en general, al elaborado por Chaim Perelman en su obra De la justice (33), si bien las conclusiones en las que desembocan ambos autores son opuestas, ya que Perelman piensa que existe una noción común de justicia, cuyo contenido sería ante todo la igualdad.

Las normas de justicia se dividen en dos clases: las de tipo metafísico y las de tipo racional. Las primeras se caracterizan por su origen, en cuanto se presentan como emanadas de una instancia trascendente, y por su contenido, en la medida en que no pueden ser comprendidas por la razón humana. Presuponen, por ende, una creencia tanto en la existencia de dicha instancia trascendente como en la justicia que ellas contienen. Las normas de justicia de tipo racional, en cambio, no postularían ninguna creencia, sino que pueden presentarse como establecidas por actos humanos empíricos y susceptibles de comprensión racional. Sin embargo, por lo que atañe a su origen ellas pueden también concebirse como provenientes de una instancia trascendente.

En primer término analiza las normas de carácter racional, entre las que incluye: la norma de dar a cada uno lo suyo (suum cuique); la regla que manda no hacer a los demás lo que no se quiera que ellos le hagan a uno; el imperativo categórico kantiano; el principio "haz el bien y evita el mal"; la justicia de la costumbre; el justo medio (mesotes) aristotélico; el principio de retribución; la norma que ordena dar a cada cual según su trabajo, es decir, el salario justo, lo mismo que la que prescribe pagar el justo precio; el principio comunista de la justicia: de cada cual según su capacidad, a cada cual según sus necesidades; la justicia de la caridad; el principio de justicia de la total inversión de lo terrenal; el ideal de justicia de la libertad; la justicia de la democracia; y el principio de justicia de la igualdad, según el cual a todos los hombres debe aplicarse igual trato. Entre las normas de justicia de índole metafísica, se estudian la justicia en la idea platónica del bien absoluto; y la justicia del amor de Dios en el Evangelio.

La sola lectura del anterior elenco permite darse cuenta de la variedad de normas y principios que nuestro autor encuadra dentro de su concepto genérico de "norma de justicia". Ello no resulta demasiado sorprendente si se tiene presente ese concepto, tal como hemos procurado describirlo antes. Se advierte una concepción de la justicia que tiende a verla como equivalente al conjunto de la moralidad que se refiere al trato respecto a otras personas, es decir, como sinónimo de moral social.

---

(33) Bruselas 1945. La cita varias veces Kelsen en JDN, en notas a pie de página.



La exposición detallada del análisis kelseniano sería tarea muy extensa. Por otra parte, una valoración crítica de sus conclusiones nos obligaría a penetrar en muchos campos, a menudo bastante distantes del saber jurídico: desde la teología y la filosofía hasta la ciencia política, debiendo recorrer una buena parte de la historia del pensamiento occidental, de los griegos al marxismo. A pesar de que un estudio detenido de esta parte de Justicia y Derecho Natural tendría indudable interés, sobre todo en cuanto permite conocer el característico enfoque de nuestro autor cuando se enfrenta con doctrinas y teorías distintas de la suya -enfoque que con frecuencia resulta apriorístico y atento casi únicamente a aquellos puntos que, desconectados del conjunto, se prestan a una crítica fácil (34)-, nos parece más oportuno

---

(34) Véase, como botón de muestra, el n. 21, "El principio de justicia de la total inversión de lo terrenal". Allí analiza las enseñanzas de Jesucristo acerca de la relación entre las situaciones terrenales, de éxito o fracaso, y la situación definitiva cuando haya tenido lugar el juicio de Dios. Su enfoque trasunta claramente la mentalidad racionalista de Kelsen, que no logra penetrar en el auténtico significado de las palabras de la Sagrada Escritura, y encuentra en ella, por tanto, múltiples contradicciones. Sobre la base de las enseñanzas aludidas, extrapolaba un principio de total inversión de lo terrenal, interpretado en clave gnóstico-maniquea, o sea, en términos de triunfo de los eones del bien o del mal. Estima que tal principio se concilia difícilmente con la caridad, y que no es más que la expresión del resentimiento de los no favorecidos por el destino. Pero quien lea los textos de la Biblia citados por el autor, y en particular los Evangelios en su conjunto, con una actitud diversa, descubrirá que nada hay más ajeno al espíritu cristiano que este supuesto resentimiento; que el Reino de los Cielos ya se inaugura en este mundo, al cual debe transformar, haciendo felices, incluso aquí, a quienes lo acojan; y que la justicia divina se anuda con su misericordia, de acuerdo con la voluntad salvífica universal de Dios. En ocasiones, Kelsen no tiene en cuenta el contexto de una manera demasiado patente. Por ejemplo, comentando el pasaje de la Ética a Nicómaco de Aristóteles (1133b), en el que se expresa que el comportamiento justo es un medio entre cometer y sufrir una injusticia, observa que: "La fórmula que afirma 'la virtud es el punto medio entre dos vicios' no tiene sentido aquí ni siquiera como metáfora: la injusticia que se comete y la injusticia que se sufre no son dos vicios o dos males, sino una sola y la misma injusticia que uno comete y otro, en consecuencia, sufre por la acción del primero" (JDN, n. 15, p. 57). Realmente sorprende que no haga ver lo que Aristóteles, en el lugar citado, expresa inmediatamente antes: "(...), la justicia consiste en un medio: no según el modo de las demás virtudes antedichas (...)", texto comentado por Santo Tomás en el sentido de que la justicia precisamente no se establece como medio entre dos malicias o vicios, puesto que el sufrir una injusticia no es un vicio, sino una pena o mal que se sufre. Como indica el Aquinate (cfr. Suma Teológica, II-II, q. 58, a. 10), esta peculiaridad de la justicia halla cumplida explicación en el hecho de que el medio en ella no es un medium rationis, que se dé en el mismo sujeto en cuanto conoce prácticamente lo que debe obrar con rectitud, sino que es un medium rei, o sea, un me-



prescindir de un esfuerzo crítico, cuyos frutos se nos antojan muy escasos. Nos limitaremos a examinar aquellas partes de la obra que nos parecen más directamente relacionadas con el clásico concepto de justicia que es patrimonio común de la cultura occidental: la virtud de dar a cada uno su derecho.

Kelsen da comienzo a su análisis precisamente con lo que denomina la fórmula de suum cuique. Reproducimos íntegramente su crítica, que es el paradigma de casi todas las demás que le seguirán. "La fórmula de justicia más corrientemente empleada es la célebre del suum cuique, norma que prescribe dar a cada uno lo que le corresponde, es decir lo que se le debe, aquello que puede pretender, aquello a lo que tiene derecho. Resulta fácil descubrir cuál es la cuestión decisiva para la aplicación de esta norma: qué sea 'lo suyo', lo que le es debido, ese derecho, es algo que no viene resuelto por esta norma. Dado que lo debido a cada uno es precisamente lo que se le debe dar, la fórmula del suum cuique resulta no ser sino una vana tautología: debe darse a cada uno de lo que se le debe dar. La aplicación de esta norma de justicia presupone la validez de un orden normativo que define lo que para cada uno es 'lo suyo', es decir, lo que le es debido, aquello a lo que tiene derecho en cuanto que, de acuerdo con este orden, otros tienen respecto a él un deber correspondiente. Ahora bien, esto significa que todo orden de este tipo, y en particular todo orden jurídico positivo, cualesquiera que sean los deberes y los derechos que establezca, puede ser justificado, considerado como justo por la norma del suum cuique. En esta función conservadora reside precisamente su significación histórica. El valor de justicia que esta norma constituye es idéntico al valor o a los valores que están constituidos por el orden, sobre todo por el orden jurídico, que se presupone cuando se aplican estos valores" (35).

El pasaje transcrito contiene tres típicas objeciones kelsenianas: la vacuidad de la fórmula, en cuanto ella no determinaría qué es lo suyo; su carácter tautológico, puesto que equivaldría a ordenar que debe darse lo que debe darse; y la acusación de conservadurismo. Examinémoslas brevemente.

---

dio real, que consiste en la misma cosa justa, por oposición a dos extremos reales desordenados: el tener más de lo que en justicia se debe -por haberse inferido una injusticia al prójimo- y el tener menos de cuanto corresponde, por haber padecido una injusticia ajena. No se trata, por lo tanto, de dos vicios ni tampoco de una sola y misma injusticia que uno realiza y otro padece, sino de dos situaciones exteriores reales, que obedecen a dos injusticias contrapuestas.

(35) JDN, n. 10, pp. 43-44.





Cuando Kelsen sostiene que el suum cuique es vacío, no se refiere simplemente al hecho de que, como todo concepto universal, es abstracto, lo cual es obvio. Para entender el sentido de la objeción, es preciso recordar la noción común de justicia que el autor utiliza. De acuerdo con ella, pretende que la fórmula funcione como una norma general fundamental, de la cual se deduzcan los comportamientos adecuados, al modo como se despliega la geometría a partir de sus axiomas, postulados y definiciones. Evidentemente, esta función no puede cumplirla el suum cuique, que no es una suerte de a priori racional que sirve para determinar, por silogismos demostrativos, qué es lo suyo en cada caso concreto. De lo cual se concluye, una vez más, que la auténtica justicia no puede ser aquello que el jurista vienés imagina. Además, este reproche de vacío es enteramente lógico si se arranca de un positivismo como el kelseniano. Cuando se ha negado por principio todo lo suprapositivo en el terreno normativo, toda norma que pretenda situarse más allá del orden positivo, no podrá tener ninguna validez como tal norma; a lo sumo, constituirá una justificación ideológica de tipo conservador o revolucionario.

Según Kelsen, la fórmula de la justicia sería además tautológica. Cedámosle la palabra a Hervada que, refiriéndose justamente al texto que estamos comentando, expresa lo siguiente: "(...) Kelsen llega a la tautología por cambiar la fórmula y la cambia porque confunde la virtud con la norma. La fórmula no dice -ni equivale a ello- que debe darse, sino dar; esto es, no designa un imperativo sino un acto. Y con razón, porque se refiere a una virtud e indica cuál es el acto de esa virtud, no la ley o norma de la que depende la virtud. Toda virtud consiste en una disposición de las potencias del sujeto o hábito; no es norma (Sollen) sino hecho (una cualidad (Sein)). Consecuentemente la justicia, siendo una disposición de la voluntad, no es una norma (Sollen) sino una cualidad, un hecho (Sein). ¿Disposición a qué?. Disposición a actos, en concreto al acto de dar. Como las virtudes se definen por sus actos, el 'dar a cada uno lo suyo' designa un acto, una acción (dar), no un precepto ni un deber (debe darse). Y es que en tema de justicia hay que distinguir claramente tres cosas: la virtud, el precepto y la cosa suya (la cosa justa, el ius o derecho). La virtud de la justicia es una disposición habitual de la voluntad; el precepto es la ley o norma; y lo suyo (el derecho o lo justo) es una cosa (la cosa debida). El 'debe darse' no radica primariamente en la justicia -que es una disposición del sujeto, es un hecho-, sino en la cosa justa -en 'lo suyo'- en cuanto que es debido (exigible). Nos encontramos aquí con un caso particular de lo que es general en la moralidad; la relación entre la virtud y la ley o precepto. Las virtudes son disposiciones a cumplir con la ley, con lo debido. Si decimos que las virtudes obligan y hablamos de un deber de justicia, de templanza, de fortaleza, etc., no queremos decir con ello -si hablamos con precisión- que las virtudes



sean normas o preceptos" (36).

En suma, por medio del Sein del acto justo se realiza efectivamente el Sollen de la norma, el cual se basa en el Sein de "lo suyo". El Sollen de la norma jurídica se halla, por tanto, doblemente relacionado con el Sein, en cuanto se funda en él y a él tiende. Esta doble conexión está expresada en la tradicional fórmula de la justicia, y nos revela la riqueza del contenido de ésta.

Por supuesto, todo este análisis supone una concepción diversa de la justicia -como virtud, no como norma-, que comporta una clara infracción de la separación entre el Sein y el Sollen. Si, en cambio, nos movemos con categorías kelsenianas, la tautología parece inevitable, aunque la referencia al ser que todo deber ser conlleva, se manifiesta en la atribución de un papel conservador a esta definición de la justicia. Esta función de mantención del orden social establecido corresponde a un enfoque positivista, según el cual lo debido sólo se hallaría determinado por las normas positivas. "Lo suyo" se muestra en el texto citado como algo extrínsecamente atribuido por esas normas, y como el simple reflejo de una obligación que, en la Teoría Pura, a su vez se reduce a la norma coactiva. Si en lo suyo se comprende ante todo aquello que corresponde realmente, a cada uno, por exigencias que se sitúan más allá de las leyes positivas, entonces cae por tierra esa supuesta función conservadora, que sólo tiene sentido si se adoptan las premisas de nuestro autor.

En su recorrido multifacético Kelsen examina el principio "haz el bien y evita el mal", recogiendo en nota (37) el pasaje en el que Santo Tomás de Aquino lo califica de primer precepto de la ley natural, sobre el cual se fundan todos los demás preceptos de dicha ley. Nos interesa recoger la crítica kelseniana, por cuanto se trata del primer principio de toda la ley natural, una de cuyas partes es el derecho natural, entendido como norma. El análisis del autor sigue los derroteros habituales a lo largo de todo su ensayo. Se limita a considerarla una fórmula vacía, que sólo sería aplicable si se presupone un orden normativo dado o por crear. Y agrega: "(...) pero entonces resulta posible aplicarla presuponiendo cualquier orden de ese tipo, en la medida en que no se supone, como Santo Tomás de Aquino, la validez de un bien absoluto, definido por Dios, y la de un orden

---

(36) J. HERVADA, Introducción crítica al Derecho Natural, EUNSA, Pamplona 1982, pp. 32-33. Los subrayados están en el original.

(37) Cfr. JDN, n. 13, p. 54, nt. 19. El texto de Santo Tomás en Suma Teológica, I-II, q. 94, a. 2.



divino de justicia" (38).

Nuevamente pensamos que Kelsen esperaría de este principio un funcionamiento cuasimatemático, que lo convertiría en el punto de partida de una cadena de raciocinios que darían lugar a un sistema moral completo. Bajo este presupuesto, la acusación que le dirige es completamente legítima. Pero este modo de entender el bonum faciendum, malum vitandum nada tiene que ver con Santo Tomás de Aquino, ni con su genuino significado en una concepción realista de la ley natural. Basta percatarse de que el Aquinate, en el mismo lugar de su Suma Teológica traído a colación por el autor, a la hora de fijar lo bueno y lo malo, dirige su mirada a la naturaleza del hombre, tal como ésta se revela en sus inclinaciones naturales. En cuanto al modo como los demás preceptos de la ley natural se fundan en este primer principio, explica que "(...) todo aquello que la razón práctica naturalmente aprehende como bienes humanos, pertenece, como algo que debe hacerse o evitarse; a los preceptos de la ley natural" (39). Esta aprehensión de lo que es bueno para la naturaleza humana no puede ser entendido como una mera deducción lógica del principio en examen, como si se tratara de un principio abstracto a priori del cual pudiera derivarse el sistema del derecho natural, según los esquemas del racionalismo. En cambio, un conocimiento integral de la naturaleza humana y de las relaciones esenciales del hombre -conocimiento en el que predomina la aprehensión inmediata o por vía de evidencia- muestra la fundamentación del deber ser de los preceptos de la ley natural en el ser del hombre. Este principio contiene el llamado a la acción que procede del bien moral, la obligatoriedad de éste, su vocación a hacerse acto gracias al libre obrar humano.

Desde otra perspectiva, se podría decir que este principio es tan poco vacío como aquél que constituye la base del entero sistema kelseniano: el de separación entre el ser y el deber ser. En efecto, "haz el bien y evita el mal" es un punto de partida que consagra la fundamentación del deber ser -"haz", "evita"- en el ser, puesto que, de conformidad con la metafísica realista en que se apoya, el bien se convierte con el ser -es el mismo ser en cuanto apetecible- y el mal con el no ser. Así como las virtualidades del aislamiento Sein-Sollen han sido suficientemente puestas de relieve en el edificio de la Teoría Pura, basta abrir la Suma Teológica, en su segunda parte dedicada a la moral, para advertir cuán fecundo resulta, incluso en el plano jurídico, basar el deber ser en el ser.

La idea de justicia suele asociarse vulgarmente con la

---

(38) JDN, loc. cit.

(39) Suma Teológica, loc. cit.





la igualdad. Queremos, por ello, detenernos en la crítica de Kelsen a lo que designa como "el principio de justicia de la igualdad". "Este principio se expresa en la forma siguiente: a todos los hombres debe aplicárseles igual trato" (40). Esta norma exigiría que en el modo de tratar a los hombres no se tenga en cuenta ninguna posible desigualdad. Pero, añade nuestro autor: "Afirmar que todos los hombres son iguales significa contradecir manifiestamente los hechos" (41). De ahí que lo que esta norma prescribiría es no considerar las reales desigualdades que separan a los hombres. "No olvidemos, pues, que los hombres, al igual que las circunstancias externas, son iguales o desiguales sólo de manera relativa; es decir, bajo ciertos aspectos, en relación con determinadas cualidades, como serían, por ejemplo, entre los hombres, el sexo, la raza, el color de la piel, etc.: no lo son de manera absoluta, bajo cualquier aspecto o en relación con todas sus cualidades. Significa esto que cabe prescindir no de todas las diferencias, sino solamente de algunas de ellas: hay que tener necesariamente en cuenta las diferencias de edad, sexo, salud mental, etc." (42). Conviene hacer notar que la idea de una naturaleza humana que en todos los hombres se realiza igualmente, es rechazada por Kelsen, como propia de la teoría del derecho natural. Señala que esa concepción presupone que todos los hombres son buenos por naturaleza o que han sido creados buenos por Dios (43). Al margen de la confusión entre bondad ontológica (por el hecho de ser) y bondad moral (por el recto obrar) que la anterior afirmación entraña, es patente que al jurista de Viena, en virtud de su positivismo antimetafísico, le está vedado concebir una igual naturaleza humana que se daría en todo hombre. Lo cual no le impide hablar continuamente del hombre, como si siempre los miembros de la especie humana estuvieran dotados de idéntica esencia. Esta negación de las esencias como algo real, tan típica del nominalismo -antecedente claro del positivismo-, no le permite diferenciar, sobre la base de la realidad humana, aquello en que debe darse igual trato a todo hombre, por una exigencia dimanante de su igual naturaleza, y aquello en lo que ha de dispensarse un trato desigual en atención a otros factores diferenciadores también reales. Aunque debe reconocerse, al mismo tiempo, que Kelsen refuta un igualitarismo a ultranza, por parecerle absurdo e irrealizable. No resulta posible no tener en cuenta ninguna desigualdad. A esta conclusión le fuerzan los datos empíricos. Pero para determinar cuándo debe darse un trato igual o desigual, no acude a la realidad, sino sólo a lo que dispongan los ordenamientos sociales positivos.

---

(40) JDN, n. 24, p. 79.

(41) Ibidem, n. 24, pp. 79-80.

(42) Ibidem, n. 24, p. 80.

(43) Ibidem, loc. cit., nt. 36.



En el extremo opuesto a esta norma del trato igualitario para todos, se sitúa lo que califica de "principio de justicia de la desigualdad", con arreglo al cual cada uno debe recibir un trato diferente, o sea, habría que tomar en consideración todas las desigualdades. Expone, a este propósito, su doctrina de la seguridad jurídica, que provendría de un régimen de normas generales, que habilitan a los individuos para prever el tratamiento que recibirán por parte de los órganos aplicadores del derecho; en contraposición a la flexibilidad jurídica, ligada a un orden compuesto sólo por normas individuales (44). En este último sistema, propugnado por la Escuela del derecho libre, operaría precisamente lo que ha llamado el principio de justicia de la desigualdad.

Entre ambos extremos aparece la norma según la cual "sólo los hombres iguales deben recibir igual trato". Como el principio que exige un trato siempre igualitario es inaplicable en la realidad social -ningún sistema establece que deba tratarse igual a los niños que a los adultos, a los enfermos mentales que a los psíquicamente sanos, etc.-, ese principio sería sustituido por otro que exige que se tengan en cuenta ciertas desigualdades y que no se atienda a otras. "Una norma que sea conforme a este principio debe determinar pues, necesariamente y de modo expreso, las cualidades respecto de las que hay que tener en cuenta posibles desigualdades prescindiendo, por tanto, de desigualdades relativas a otras cualidades para que quepa así hablar de individuos iguales" (45). Esto acontece, por ejemplo, cuando se regulan los requisitos para tener derecho a voto: los individuos que cumplen todos los requisitos son iguales en este sentido relativo y desiguales en relación con los que no lo reúnen. En cambio, hay otras cualidades -aquellas que no se requieren para tener derecho a votar- cuya igualdad o desigualdad no interesa. Kelsen deja constancia de que este principio intermedio no consagra sólo la igualdad, sino también las diferencias. Y, con su afán característico de rigor, plantea el caso de que sólo haya un sujeto que reúna las cualidades exigidas, supuesto en el que no cabría hablar de igualdad, porque no habría otro término de comparación. Por estas razones, indica que es inexacto considerar este principio intermedio como aplicación de la "justicia de la igualdad".

Avanzando ya hacia el término de su análisis crítico, sostiene que: "En realidad, visto desde más cerca el principio 'trato igual para los iguales, diferente para los desiguales' se revela como exigencia, no de la justicia, sino de la lógica. Es, en efecto, únicamente la consecuencia lógica del carácter general de la norma quien prescribe que individuos determinados deban ser tratados de manera determinada

---

(44) Cfr. TP (2ª ed. al.), n. 35.

(45) JDN, n. 24b), nn. 83-84.



en circunstancias también determinadas, o, expresado en una fórmula más general, cuando prescribe que bajo una condición determinada debe producirse una determinada consecuencia y en particular un determinado trato. Este carácter general de una norma que prescribe que bajo una condición determinada debe producirse una determinada consecuencia, radica, como ya hemos señalado, en el hecho de que la norma, según su intención, debe ser aplicada no solamente en un caso único, sino también en un número a priori indeterminado de casos" (46). Esta observación crítica ya ha sido varias veces formulada por el autor cuando se ha ocupado de diversas normas que establecían alguna clase de proporcionalidad, como el principio de retribución, del justo salario, etc. En definitiva, las condiciones a las que debe atenderse para otorgar un trato igual o diferente a los seres humanos procederían sólo de las normas positivas. Incluso el hecho de que las normas de justicia se apliquen sólo a los hombres serían, según Kelsen, una de las condiciones determinadas positivamente por la norma, puesto que en sociedades primitivas se aplicaba, por ejemplo, el principio de retribución a los animales.

Kelsen busca mostrar que todas las normas de justicia poseen un carácter general, que consiste simplemente en prescribir que, en condiciones determinadas, los hombres deben ser tratados de un modo determinado. La esencia de la injusticia no sería, por tanto, la desigualdad. Por ejemplo, cuando una norma castiga el delito de robo con pena de prisión, y un juez de hecho aplica esa pena, mientras otro sanciona otro robo con pena de muerte, ambas penas son desiguales, pero sólo una es injusta, aquélla que no se atiene a la norma. En consecuencia, lo que siempre ha de darse es la igualdad ante la ley o norma general, no necesariamente la igualdad en la ley, que se verificaría cuando la norma mande dar un trato igual en todos los casos. La igualdad ante la ley no significa más que aplicación correcta de la ley, aun cuando ésta consagre la desigualdad. Por ende, no es igualdad, sino conformidad a la norma, corrección lógica, que no tiene nada que ver con la justicia, en particular con la justicia de la igualdad.

Frente a un concepto general de justicia como igualdad (Perelman), que sería sólo propio de la llamada "justicia de la igualdad", Kelsen opone el de justicia como conformidad con la norma, que sí constituiría el elemento común a todas las normas de justicia. En cuanto al trato prescrito por las normas de justicia, no habría ningún elemento común; por el contrario, cabrían conflictos entre ellas, por ejemplo, entre la "justicia de la libertad" y las restantes normas de justicia. El elemento común vendría a consistir (...) en el hecho de que todas ellas son normas generales que en

---

(46) *Ibidem*, n. 24c), pp. 85-86.





condiciones determinadas -determinadas de maneras muy diversas por las diferentes normas de justicia- prescriben un trato determinado -determinado de maneras muy diversas por las diferentes normas de justicia-" (47). Así ante la cuestión de cómo debe tratarse a los hombres, la noción general de justicia sería algo "completamente vacío y carente de toda significación" (48).

Como se habrá notado, el autor utiliza el término "justicia" en dos sentidos diferentes, sin advertirlo expresamente. Por un lado, cuando afirma que "(...) el principio 'trato igual para los iguales, diferente para los desiguales' se revela como exigencia, no de la justicia, sino de la lógica" (49), lo usa como equivalente a igualdad absoluta. En cambio, al sostener que "la justicia (...) es la propiedad de una norma que prescribe que un determinado trato debe ser aplicado a los hombres" (50), identifica justicia con aplicación correcta de la norma general. Entonces, el núcleo de su tesis estriba en que la justicia en el segundo sentido -"la noción general de justicia"- no es la justicia en el primer sentido. No explica por qué, para enfrentar su noción de justicia como exigencia de la lógica, elige esa otra noción de justicia como igualdad absoluta. Seguramente parte de la opinión muy generalizada que tiende a cifrar la justicia en la simple igualdad, en la óptica del igualitarismo social.

Vale la pena examinar, aunque sea con suma brevedad, las relaciones entre la justicia y la igualdad. La justicia como igualdad tiene un significado completamente diverso al que le dan los propugnadores de esta ideología igualitarista tan extendida en los tiempos modernos. Ante todo, conviene advertir que la igualdad, en el contexto de la justicia como virtud, tiene distintos significados, como muy bien lo anota Hervada a quien seguiremos en el análisis de este punto (51). En primer término, se alude a la igualdad, presente en todo acto de justicia, que se da entre lo debido y lo efectivamente dado. Esta igualdad puede revestir diversas formas: identidad -por ejemplo, cuando se devuelve el mismo objeto que se había recibido en préstamo-; igualdad en sentido restringido, cuando, por ejemplo, se ha prestado una cantidad de dinero y se restituye ese mismo valor con otros billetes o

---

(47) Ibidem, n. 24e), p. 92.

(48) Ibidem, loc. cit.

(49) Ibidem, n. 24c), p. 85.

(50) Ibidem, n. 24e), p. 91.

(51) Cfr. J. HERVADA, Introducción crítica al Derecho Natural, cit., pp. 46-47; 50-51.



monedas; e igualdad de proporcionalidad, que, concebida de modo realista, implica, en los repartos o distribuciones, el regirlos por la proporción que existe entre los distintos sujetos y los bienes repartidos. Es lógico que esta concepción realista de la proporcionalidad no se avenga en absoluto con el positivismo kelseniano y con su neta separación entre el mundo del ser y el deber ser. Kelsen ve en las proporciones la simple aplicación reiterada de un principio positivamente establecido por la norma. Así, cuando se dice que el salario debe ser proporcional al trabajo realizado, él no ve más que una consecuencia del carácter general de la regla que establece que determinada unidad de trabajo deberá pagarse con determinada cantidad de dinero, regla que se aplicará el número de veces que en cada caso corresponda. Del trabajo realizado no emanaría, en su opinión, ninguna exigencia real de retribución proporcionada.

Por otro lado, se dice que las relaciones de estricta justicia sólo se dan entre sujetos iguales, es decir, entre aquéllos que están en condiciones de satisfacer la deuda. Esta igualdad es la que, por vía de ejemplo, no existe entre padres e hijos en cuanto tales, ya que siempre es más lo que los padres han dado a sus hijos que lo que éstos pueden devolverles al honrarlos y socorrerlos.

Por último, otra igualdad en la justicia es la que se traduce en la no discriminación, esto es, en el igual reconocimiento de los derechos de todos. Pero con esto no se mantiene la opinión de que todos los hombres tengan idénticos derechos, como pretende el igualitarismo, que no distingue entre aquellos derechos que corresponden a todo hombre en cuanto dotado de naturaleza humana, y aquéllos en los que existe legítima diversidad.

El hecho de que Kelsen conciba la noción general de justicia a modo de principio de carácter lógico-formal es simplemente consecuencia de los presupuestos de sus análisis. Si se pretende descubrir la esencia de la justicia a partir de lo que es elemento común a las "normas de justicia", denominación bajo la que caen los más diversos principios de todo orden con alguna implicación social, y si además se ha afirmado que cada una de esas normas es realmente una fórmula vacía, la conclusión de semejante investigación sólo puede ser la que señala el autor: una formulación lógica de tipo genérico, tan vacía como la de cada una de las normas de justicia. En este sentido, Kelsen viene a situarse en una postura que recuerda el formalismo moral kantiano, para el cual el imperativo categórico expresa de manera absoluta el carácter general de una norma (52).

---

(52) Así lo insinúa el propio autor en JDN, n. 24e), p. 93, nt. 38.

Tras algunas páginas sobre las normas metafísicas de justicia, en las que casi se limita a declararlas incognoscibles, aunando elementos filosóficos y teológicos en ese género común de lo irracional que es la metafísica según Kelsen, y como colofón de toda la primera parte de su estudio, se conecta el tema de la justicia con el de la felicidad, al igual que lo hacía en su trabajo ¿Qué es Justicia? (53). "De hecho -dice en Justicia y Derecho Natural-, si el problema de la justicia posee una significación tan fundamental para la vida de los hombres en sociedad, si el afán de justicia es algo tan profundamente arraigado en el corazón humano, se debe a que en el fondo responde al irreprimible deseo de felicidad de éstos. Una justicia puramente relativa, comprensible por la razón humana, no proporciona más que una satisfacción muy parcial. La justicia que el mundo invoca a gritos, 'la' justicia por excelencia es, pues, la justicia absoluta. Se trata de un ideal irracional que no puede emanar sino de una autoridad trascendente, solamente de Dios. La fuente de la justicia y, por tanto, también su realización, viene, pues, necesariamente trasplantada del mundo terreno a un mundo del más allá: aquí, sobre la tierra, hay que contentarse con una justicia puramente relativa, que se encuentra en todo orden jurídico y en el estado de paz y seguridad que, en mayor o menor grado, crea y mantiene. La felicidad terrenal, en cuyo nombre exige con tanta pasión la justicia, felicidad que la justicia puramente terrenal y relativa no puede garantizar, se sustituye así por la felicidad supraterrrenal, la beatitud celestial que la justicia absoluta de Dios promete a quienes creen en El, y, por consiguiente, en ella. Este es el ardid de esta eterna ilusión" (54).

Deben traerse a la memoria, para completar la exposición de su pensamiento, aquellas famosas palabras con las que se concluye ¿Qué es Justicia? Después de haber impugnado todas las posibles soluciones al problema de la justicia como anhelo de felicidad individual o colectiva, ya que todas ellas serían sólo relativas, y subjetivamente válidas para el sujeto que las defiende, nos hace una especie de íntima confesión: "Verdaderamente, no sé si puedo afirmar qué es la Justicia, la Justicia absoluta que la humanidad ansía alcanzar. Sólo puedo estar de acuerdo en que existe una Justicia relativa y puedo afirmar qué es la Justicia para mí. Dado que la Ciencia es mi profesión y, por tanto, lo más importante en mi vida, la Justicia para mí, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. Mi Justicia, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz; la Justicia de la democracia, la de la tolerancia" (55).

---

(53) Cit., pp. 35 ss.

(54) JDN, n. 27, pp. 97-98.

(55) Cit., p. 63. Subrayado en el original.





En resumen, nos parece que la concepción kelseniana de la justicia puede encerrarse en tres tesis: a) la justicia, racionalmente estudiada, se reduce a una propiedad lógica de ciertas normas sociales, que consiste en su generalidad; b) sin embargo, la justicia se sitúa más allá de esa comprensión racional, en cuanto lo que, en último término, la caracteriza es su relación con el problema humano de la felicidad absoluta; o sea, la justicia es un ideal irracional, necesariamente metafísico o religioso; y c) en nombre del relativismo axiológico y del positivismo, sólo cabe afirmar la existencia de justicias relativas, subjetivas, condicionadas por las emociones o deseos de cada individuo.

Nos contentaremos con un par de observaciones críticas muy elementales, pero que creemos decisivas para contribuir a arrojar un poco de luz en esta materia. La primera: sólo es posible identificar el problema de la justicia con el de la felicidad si se adopta un concepto de justicia que se aleja por completo del que ha manejado la tradición jurídica desde los juristas romanos. La justicia en ámbito jurídico siempre ha significado una actitud de respeto al derecho, que se circunscribe a un campo muy determinado de las relaciones sociales -el de las relaciones propiamente jurídicas, en que existe un débito estricto con las clásicas notas de alteridad, exterioridad, exigibilidad. La justicia así entendida podrá ser -y de hecho lo es- condición necesaria de la felicidad humana en este mundo -en cuanto todo hombre, para ser feliz, ha de ser justo-, pero de ningún modo asegura, ni mucho menos es la culminación, de ese estado de dicha que todo hombre trata de conseguir, y esto no sólo en cuanto la consecución de ese estado trasciende la vida terrena, sino también en la medida, siempre relativa, en que puede lograrse la felicidad durante nuestro paso por este mundo: la sola observancia de las obligaciones de justicia jamás es suficiente para hacer al hombre feliz. Por lo tanto, si, desde la perspectiva propia del saber jurídico, se desea conseguir alguna claridad en este tema, se impone de entrada concentrarse en el análisis de la justicia en su dimensión estrictamente jurídica, relegando a un segundo plano el examen de su incidencia en esa plenificación del hombre que engendra su gozo más completo.

Por lo que respecta al tema de la felicidad, Kelsen nos enseña que el irreprimible anhelo de beatitud -que él se apresura a reconocer en todo hombre- carece de explicación si se pretende entenderlo desde un punto de vista meramente empírico. Las paradojas insolubles de unas ansias que no pueden satisfacer nunca por completo en esta vida, y que los sujetos y las colectividades refieren a objetos diversos y hasta contradictorios, confirman a nuestro autor en su neto relativismo escéptico. Nada más lógico: estamos ante una clara confirmación de que con las herramientas de las ciencias positivas no podremos abrirnos camino en esta decisiva cuestión vital. Nunca ellas estará en condiciones de mostrarnos la felicidad como un estado subjetivo que corresponde necesa



riamente a un estado objetivo: el logro del último fin a que tiende nuestro ser ineluctablemente. Ni mucho menos podrán decirnos dónde se sitúa realmente ese fin en congruencia con nuestra naturaleza, ni explicarnos cómo es posible que ese fin pueda hallarse asumido por un fin superior, sobrenatural, que defina el sentido de todo nuestro caminar terreno. La posición de nuestro autor, fiel a sus premisas, trasunta una profunda desilusión, la propia de quien piensa que ese cuadro de una auténtica felicidad humana que acabamos de esbozar es sólo una ilusión, y la que emana de su arraigado convencimiento de que el problema de la felicidad conduce forzosamente a plantearse las cuestiones últimas sobre el origen y destino del ser humano, y ante las cuales nuestro autor testimonia su más radical impotencia. Con este trasfondo hondamente pesimista, ¿qué significa esa proclamación encendida de sus ideales subjetivos de tolerancia, libertad y paz? La respuesta, como siempre, nos la ofrece el mismo Kelsen: esos ideales constituyen la defensa indispensable de su propio vivir, como hombre entregado a un quehacer científico. Pero, ¿puede una labor científica, por amplia y fecunda que sea, colmar los deseos de felicidad que anidan en el corazón humano? Decidida y rotundamente no: la misma sed de verdad, de la que nos habla insistentemente el jurista de Viena, nos impulsa muchísimo más allá de las estrechas fronteras de las ciencias positivas, cuya creciente humildad y autoconciencia de sus límites son una de las más sólidas conquistas del espíritu contemporáneo.

### III. EL DERECHO NATURAL (56).

#### A. La noción de derecho natural según Kelsen.

##### 1. El derecho natural como conjunto de doctrinas ideológicas.

La segunda sección de Justicia y Derecho Natural está dedicada temáticamente al derecho natural. Del mismo modo que en la primera parte, Kelsen reasume las conclusiones de sus múltiples trabajos anteriores sobre el tema, y las desarrolla, engarzándolas en una nueva presentación sistemática. Nos atendremos a esta exposición, aunque optaremos por una ordenación de la materia distinta de la del autor e incluiremos desarrollos contenidos en otras obras. La sistemática que seguimos tiende a poner de relieve dos aspectos de singular importancia en la captación de la crítica kelseniana: a) la noción de derecho natural que maneja; b) las razones de su rechazo del mismo.

El derecho natural aparece en los escritos kelsenianos

---

(56) Cfr. JDN, B., "El Derecho Natural", nn. 28-52, pp. 98-163.



ante todo como una teoría o doctrina, no como una realidad (57). Este dato se corresponde con la declaración de iuspositivismo que encabeza la Teoría Pura del derecho (58). En la doctrina kelseniana, el derecho realmente existente se reduce al derecho positivo. Si hubiera otra realidad jurídica, ella caería en el campo de la teoría general del derecho que la Teoría Pura pretende ser. Por lo tanto, si la Teoría Pura reduce su objeto al derecho positivo, su crítica del derecho natural tratará de demostrar que éste no es derecho, sino una mera teoría. Además, como esta teoría tendría un objeto realmente inexistente -el derecho natural- y tendería a desfigurar el derecho positivo -indicando no como éste es, sino como debiera ser-, Kelsen no duda en incluirla entre las ideologías, que oscurecen o desfiguran la realidad con determinadas finalidades que obedecen a opciones emocionales o volitivas, sin base racional alguna. Tras esas ideologías, en sentido peyorativo, estarían siempre latentes determinados intereses inconfesados.

Desde el punto de vista de la teoría kantiana del conocimiento, el derecho natural aparece como una idea, que no corresponde a ningún correlato sensible realmente dado, es decir, en el contexto de la distinción de Kant entre conocimiento y pensamiento, como algo que sólo puede ser pensado mas no conocido. Esto se adecúa perfectamente con el positivismo kelseniano. El derecho natural, al situarse más allá de lo empíricamente captable, esto es, de los sensorialmente perceptible, no podría ser objeto de una ciencia jurídica, la cual debería limitarse a la explicación del material jurídico fenoménico. En nombre de la Crítica de la razón pura, Kelsen refuta toda aproximación trascendental al derecho natural. En efecto, el derecho natural sería como un "derecho en sí", incognoscible y, al igual que toda "cosa en sí", es rechazado con energía por el neocriticismo alemán al que adhiere Kelsen (59). Se explica, pues, que moteje de "idealista" a la teoría iusnaturalista, en cuanto se refería a algo ideal, no real (60). Desde otro ángulo, la definición del derecho como orden coactivo parece condicionar también esta postura. Lo real en el derecho se reduciría al ejercicio coactivo del poder. No es posible encontrar una coacción jurídica distinta de la del derecho positivo. Luego, concluiríamos con nuestro autor, el derecho natural no es derecho.

---

(57) Cfr. idem, loc. cit.

(58) Cfr. TP (2ª ed. al.), n. 1, p. 15.

(59) Cfr. a este respecto los artículos de 1927 y 1928 mencionados en supra, nts. 3 y 4.

(60) Cfr. JDN, n. 30, p. 102.





Como a lo largo de la historia se han sucedido diversas teorías acerca del derecho natural, Kelsen precisa que más que la doctrina del derecho natural; conviene hablar de las doctrinas iusnaturalistas (61). No obstante, preconiza una cierta unidad de "la idea del derecho natural". Las diversas posiciones sobre éste le parecen más o menos coherentes en la medida en que se adecúan o realizan mejor o peor esa idea. Existiría, de esta forma, algo así como la idea auténtica del derecho natural. A base de ella se efectúa la crítica interna de los distintos iusnaturalismos.

En las páginas siguientes intentaremos ofrecer una aproximación a la idea del derecho natural que Kelsen hace suya en su crítica, y procuraremos averiguar sus fuentes inspiradoras.

## 2. El derecho natural como orden normativo distinto y paralelo al derecho positivo.

Dado que, para la Teoría Pura, el derecho es norma o conjunto de normas, el derecho natural lógicamente es visto como un orden normativo. Por este motivo, al aludir al contenido del derecho natural, se usa continuamente la expresión "norma de justicia". Este dato, tan sencillo y conocido, nos parece decisivo a la hora de explicar la posición del jurista austriaco sobre toda esta materia. El normativismo, situado en ese núcleo de concepciones indiscutidas para el Maestro de Viena, condiciona gran parte del resto de las características que asigna a lo que sería la genuina noción del derecho natural.

Las normas del derecho natural constituirían un orden ideal enteramente diferente del conformado por las normas del derecho positivo. "Se llega así, por tanto, a un dualismo característico: por una parte, un orden ideal trascendente no creado por los hombres y superior a cualquier otro; por otra, un orden real creado por los hombres, es decir, positivo (...). La teoría idealista del derecho, contrariamente a la teoría realista, posee un carácter dualista. Esta es monista en cuanto que, a diferencia de la primera, ignora la coexistencia de un derecho ideal no creado por los hombres, sino derivado de una autoridad trascendente, y un derecho real, creado por los hombres; la teoría realista reconoce sólo un derecho: el derecho positivo creado por los hombres" (62). Como se habrá echado de ver, la teoría monista

---

(61) Cfr. v.gr., ibidem, n. 32, pp. 104 ss. y n. 50b), p. 152.

(62) Ibidem, n. 28, p. 100. Subrayado en el original.



y realista no es sino la Teoría Pura. En cambio, los partidarios del iusnaturalismo serían, amén de idealistas, dualistas. Este modo de concebir la doctrina del derecho natural asume también un relevante papel en la crítica Kelseniana. Nuestro autor, además piensa que el iusnaturalismo conduciría, por fuerza lógica interna, a un monismo de signo idealista. "De la idea del Derecho natural como orden del comportamiento humano, orden inmanente a la naturaleza y deducible de ella, cabría concluir que el derecho positivo, creado artificialmente por los hombres, es algo completamente superfluo y que el intento de crear un derecho de este tipo es algo siempre pernicioso en cuanto que puede llevar a un apartamiento con respecto al Derecho natural que es el único justo" (63). Pero se apresura a dejar constancia de que ningún teórico del derecho natural ha sacado tal consecuencia.

Las relaciones entre ambos sistemas de normas -el natural y el positivo- se plantearían conforme a justicia y Derecho Natural, en función de la validez del derecho positivo. Escuchemos la nítida explicación de este punto que se nos brinda: "La relación que se reconoce existe entre justicia y derecho desempeña un decisivo papel en la cuestión de saber si el derecho es válido, es decir, si sus normas deben ser aplicadas y observadas. Con respecto a este punto existen dos concepciones diametralmente opuestas. Para la primera, un derecho positivo sólo puede ser considerado válido en el supuesto y en la medida en que haya sido creado en conformidad con las exigencias de la justicia: el derecho válido es el derecho justo: un ordenamiento injusto del comportamiento humano carece de validez; no puede ser considerado como derecho en cuanto que éste significa precisamente ordenamiento válido. O sea que la validez de la norma de justicia constituye el fundamento de validez del derecho positivo. Para la segunda concepción, la validez del derecho positivo no depende de la validez de la norma de justicia. Un derecho positivo es válido incluso si es injusto. Significa esto que (...) no cabe presuponer como válida una norma de justicia si se considera válida una norma de derecho positivo cuya creación no corresponde a la norma de justicia. Esta es la consecuencia del positivismo jurídico, es decir, de una teoría positivista o realista del derecho contrapuesta a una teoría idealista" (64).

Por consiguiente, la norma de justicia está dotada, de acuerdo con la presentación kelseniana del iusnaturalismo, de una pretensión de validez absoluta, que la erigiría en fundamento de validez del derecho positivo y en límite de esta validez. Kelsen traza un paralelo entre la Gundnorm y el derecho natural, como diversos fundamentos de validez del

---

(63) Ibidem, n. 50a), p. 151.

(64) Ibidem, n. 28, p. 99.



derecho positivo (65). Esta confrontación reaparece al fin de la monografía que analizamos (66). Lo que diferencia a ambas es que el derecho natural constituiría un fundamento categórico e incondicional, y que afectaría al contenido, en cuanto una norma positiva contraria se reputa inválida. En cambio, la Teoría Pura remite a un fundamento hipotético o ficticio, de carácter puramente formal, que no atañe de ninguna manera al contenido del orden jurídico. Además -y quizá sea la más significativa diferencia entre ambos tipos de fundamentación de lo jurídico, tal como los ve el autor-: "La norma fundamental no es un derecho diferente del derecho positivo, es solamente su fundamento de validez, la condición lógica trascendental de su validez" (67). Por el contrario, el derecho natural, en clave kelseniana, siempre se muestra como un derecho distinto del positivismo, conforme a un esquema dualista.

### 3. El derecho natural como moral social.

En cuanto al contenido de las normas jurídicas naturales, se trataría de aquellas normas de justicia que se consideran como provenientes de la naturaleza. "Lo que se conviene en llamar teoría yusnaturalista constituye una teoría idealista, es decir, dualista, del derecho (...). Como su nombre indica, se distingue de otras teorías idealistas y dualistas por el hecho de considerar a la 'naturaleza' como fuente de donde emanan las normas del derecho ideal y justo. La naturaleza, a saber, la naturaleza en general o la naturaleza del hombre en particular, desempeña el papel de autoridad normativa, es decir, creadora de normas. Quien cumple sus mandatos obra justamente. Estos mandamientos, estas normas del comportamiento justo son inmanentes a la naturaleza. Pueden ser deducidas de la naturaleza a través de un atento análisis, o sea, encontradas, o, por así decir, descubiertas y conocidas en ella. No se trata, pues, de normas que, como las del derecho positivo, sean creadas a través de actos humanos de voluntad, dependientes del arbitrio del hombre y, por consiguiente, variables. Son, por el contrario, normas dadas en la naturaleza con anterioridad incluso a toda posibilidad del acto humano de voluntad que las crea: son, por esencia, invariables e inmutables (68). Para conocer la crítica que nuestro autor formula respecto al contenido de las

---

(65) Cfr. TP (2ª ed. al.), n. 34.

(66) Cfr. JDN, n. 52, pp. 161-163.

(67) Cfr. ibidem, n. 52, p. 163.

(68) Ibidem, n. 30, pp. 102-103.





normas de justicia naturales, es menester revisar la primera parte de su trabajo, que hemos reseñado en el número anterior. Estimamos que todas esas normas allí examinadas pueden ser consideradas como de derecho natural, según Kelsen, en cuanto se vean como derivadas de la naturaleza.

Por otra parte, conviene hacer notar que el autor no distingue las normas de justicia que conciernen al ámbito jurídico propiamente dicho de aquéllas que miran a otros campos de la vida de relación social. En su concepción del derecho natural entran por igual las normas generalmente consideradas como parte integrante de un orden jurídico -como las que ordenan respetar los derechos ajenos, o las que se refieren a la imposición de penas por parte de la sociedad-, y normas comúnmente ubicadas en el terreno de la moral social, que excede lo estrictamente jurídico -como las exigencias de la caridad. Su denominador común consistiría en que son normas que prescriben determinado trato respecto a los demás (69). Por tanto, el derecho natural es conceptualizado, de manera inequívoca, como una moral social, o sea, como aquella parte de la moral que regula los comportamientos que han de observar los hombres en sus relaciones mutuas. Este rasgo de lo que cabría designar como "el derecho natural kelseniano" se confirma al comprobar la exégesis de los textos de Santo Tomás sobre la ley natural, llevada a cabo por nuestro autor. Con arreglo a su interpretación, en Santo Tomás coincidirían la ley natural y el derecho natural, hasta el punto de que donde el Aquinate trata de la primera, Kelsen no vacila en traducir *lex naturae* por *Naturrecht* (derecho natural) (70). Lo mismo sucede cuando se refiere a la doctrina estoica acerca de la ley natural (71). Nosotros, al exponer a Kelsen, obviamente no distinguiremos donde él no distingue, sin perjuicio de que a nivel de crítica evitemos esta confusión.

#### **4. El fundamento teológico del derecho natural.**

Así como la separación entre valor y realidad es una consecuencia primaria del postulado kelseniano de la separación entre el deber ser y el ser, la tesis de la inmanencia del valor en lo real es otra pieza clave en la versión de la doctrina iusnaturalista que ofrece el jurista vienés. La inmanencia de las normas, y de los correspondientes valores,

---

(69) Cfr. *ibidem*, n. 1, p. 30.

(70) Cfr. *ibidem*, n. 32, p. 107.

(71) Cfr. *ibidem*, n. 50c), pp. 152 ss.

en la naturaleza, conduciría a una interpretación teleológica de la naturaleza. "Si las normas immanentes a la naturaleza vienen representadas como fines objetivos asignados a dicha naturaleza, es decir, si la naturaleza viene interpretada como un todo ordenado según fines, si se advierte un orden finalístico immanente a la naturaleza, entonces la teoría del derecho natural adquiere carácter teleológico. Ahora bien, una interpretación teleológica de la naturaleza no se distingue de una interpretación normativa más que en la terminología. El fin en sentido objetivo es aquello que debe ser realizado. El objetivo en ese sentido es aquello que una norma presenta como deber (*gesollt*)" (72). Importa mucho resaltar que para Kelsen estas concepciones tienen un origen religioso y metafísico. "(...) como fundamento suyo se encuentra la idea de que la realidad de la naturaleza es creada por una autoridad trascendente que encarna el valor moral absoluto y que dirige los hechos concretos de esa realidad; la naturaleza está sometida a leyes y estas leyes son mandatos, normas, de la autoridad trascendente: esta es la idea que especialmente sirve de base a la teología cristiana. Solamente si se piensa que la naturaleza es creada o gobernada por Dios cabe admitir que las leyes de esta naturaleza son normas: solamente entonces cabe encontrar en esta naturaleza el derecho justo, solamente entonces puede deducirse éste de aquélla. Todo ello aparece todavía mucho más claramente en una teoría teleológica del Derecho natural. Solamente cabe interpretar la naturaleza como un todo ordenado según fines cuando se supone que una voluntad trascendente impone esos fines a los hechos naturales. Sólo una teoría teológica del Derecho Natural podrá ser teleológica" (73).

La última publicación de cierta envergadura que Kelsen destinó al tema del derecho natural se titula Die Grundlage der Naturrechtslehre (La base de la teoría del derecho natural) (74). Toda ella es un encendido alegato en favor de la tesis de que un auténtico derecho natural descansa necesariamente sobre el presupuesto de la existencia de Dios. En apoyo de esta posición, el autor recorre algunos hitos significativos de la historia doctrinal sobre este asunto, desde la Antigüedad hasta nuestros días, para reafirmarse en la convicción que le llevó a autocalificarse de *advocatus Dei*, como ardiente defensor de la imprescindible base teológica de todo derecho natural. Evidentemente, esto le coloca en actitud polémica ante el moderno iusnaturalismo racionalista, y, en particular, le enfrenta con la conocida tesis de Grocio, conforme a la cual aunque Dios no existiese o no se preocupase de las cosas humanas, existiría el derecho natu-

---

(72) *ibidem*, n. 32, p. 104.

(73) *Ibidem*, n. 32, p. 105.

(74) Cit. *supra*, nota (11).



ral (75). "Grocio afirma que el Derecho natural por él expuesto continuaría siendo válido incluso admitiendo la no existencia de Dios, cosa que no obstante, añade, no puede admitirse sin incurrir en el más grave pecado. Grocio era un cristiano convencido, como lo eran todos los partidarios de la teoría clásica del Derecho natural, si bien no se daba aparentemente cuenta de que, si no se cree en una naturaleza creada por un Dios justo, no resulta lógicamente posible admitir la existencia de un derecho justo inmanente a esa naturaleza" (76).

Kelsen advierte que la afirmación de que el derecho natural se funda en último término en Dios, es susceptible de diversas interpretaciones, que dependen de la postura más o menos voluntarista o intelectualista que se adopte respecto de la cuestión acerca de la esencia de la ley. Expone, en concreto, la doctrina tomista, muy alejada del voluntarismo, para la cual la ley natural no es fruto del arbitrio divino, sino que constituye una participación de la ley eterna de Dios -que es, según Santo Tomás, "razón de la divina sabiduría en cuanto dirige todos los actos y movimientos" (77)- en la creatura racional. Esto no implica en modo alguno concebir la ley natural como un producto inmanente de la razón humana: antes bien, conlleva el reconocimiento de que la obligatoriedad de esa ley pende en definitiva de la ley eterna, y, por tanto, de Dios mismos.

Con todo, Kelsen da a entender su preferencia por una solución de tipo voluntarista, en cuanto estima problemática la conciliación de esa concepción intelectualista con la omnipotencia divina, lo que -comentaríamos por nuestra parte- equivale a sostener que es difícil hacer compatible el enfoque del intelectualismo con la visión voluntarista de la omnipotencia divina, lo cual es obvio. Además, su misma exposición de la postura intelectualista se realiza con moldes voluntaristas; por esto, reduce el alcance de esa postura a la tesis de que Dios no podría querer nada que esté en contra de su esencia, sin explicar el papel que, dentro de esa concepción, cumple el entendimiento divino, idéntico al mismo ser de Dios.

El voluntarismo, o sea la tesis de la primacía de la voluntad sobre la razón, se traduce, en el dominio de la ética, en la afirmación de que el bien y el mal morales proceden del mandato o la prohibición divinas, de modo que no cabría hablar de bienes y males en sí, como adecuados o discon-

---

(75) H. GROCIO, De Iure Belli ac Pacis libri tres, proleg. nn. 11 y 12.

(76) JDN, n. 32, pp. 107-108.

(77) Suma Teológica, I-II, q. 93, a. 1.





formas con la naturaleza humana. El voluntarismo, en cuanto niega la existencia de una bondad o maldad per se, o bien niega la existencia del derecho natural, o bien lo interpreta, de alguna manera, como mero querer divino, por lo que su carácter obligatorio dependería exclusivamente de su ser querido por Dios. Se incurre, casi inevitablemente, en esta última versión, en una confusión entre el derecho natural y el derecho divino positivo, es decir, aquél promulgado positivamente por Dios en la historia. Esto es lo que acontece en Kelsen -cuyo voluntarismo en la concepción de la norma nos es ya bien conocido-: tiende a identificar el derecho natural con un conjunto de normas positivamente imperadas por el Legislador divino (78).

En esta misma línea de confusiones, el derecho natural aparece como algo conocido por medio de una creencia o fe. Refiriéndose al presupuesto de la doctrina del derecho natural, señala que: "Dicho presupuesto es -como intentaré mostrar- la creencia en una Divinidad justa (...). Discutir sobre la certeza de esta creencia es cosa totalmente inútil. Ni el que tiene esa creencia ni el que no la tiene pueden ser convencidos de lo contrario mediante argumentos racionales" (79). "Una teoría científica del derecho se contentará con constatar que no creyendo en una naturaleza creada por un Dios justo, no cabe lógicamente admitir la existencia de un derecho justo inmanente a la naturaleza" (80). Para nuestro autor, cuanto excede el ámbito de lo empírico-positivo, se declara radicalmente incognoscible. Lo supraempírico se considera indiscriminadamente como objeto de una creencia como elemento irracional -metafísico o religioso- sin que Kelsen se esfuerce por distinguir estos dos términos. Esta reducción del alcance de la razón humana cuadra muy bien con el voluntarismo kelseniano -en lo inaccesible a la razón, sólo entra la voluntad- y con el hiato entre fe y razón -la fe como algo no sólo superracional, sino irracional-, que constituyen elementos típicos de la teología de los reformadores protestantes (81), ya presentes en la Escolástica tardía, particularmente de Ockham (82).

---

(78) Cfr., por ejemplo, su interpretación de un pasaje de Cathrein, en H. KELSEN, Bases de la Teoría del Derecho Natural, cit., p. 582.

(79) Ibidem, p. 577. Subrayado en el original.

(80) JDN, n. 32, p. 109. El subrayado es del autor.

(81) Cfr. E. LALAGUNA, o.c., passim.

(82) Cfr. M. SANCHO IZQUIERDO-J. HERVADA, Compendio de Derecho Natural, EUNSA, Pamplona 1981, H, pp. 225-227.



## 5. El derecho natural como algo ajeno a la historia.

"El derecho que cabe deducir de las tendencias naturales inculcadas al hombre por Dios es el Derecho natural: su origen es divino. Es, por esta sola razón, absolutamente válido y, por consiguiente, invariable. Esta validez absoluta e invariable constituye un elemento esencial del Derecho natural; se trata, al igual que su inmanencia con respecto a la naturaleza, de una mera consecuencia de su origen divino" (83). El derecho natural ha de ser inmutable: es otro rasgo característico de la idea del derecho natural propia de nuestro autor. Kelsen concibe esta inmutabilidad como la que corresponde a un sistema de normas universales, válidas en todo tiempo y lugar y en todas las circunstancias. Para percibir el alcance de esta caracterización, hace falta tener presente el dualismo que preside toda la concepción de nuestro autor en esta temática: se trata de la inmutabilidad de un orden normativo paralelo al del derecho positivo, el orden natural, que sería en sí mismo completo y apto para regular por sí solo la vida social. El derecho natural, como sistema ideal, estaría, por lo tanto, enteramente desligado de contacto con las variaciones de la historia humana. La inmutabilidad de este derecho natural no es sólo la permanencia de una misma ley natural, que corresponde a la persistencia de una misma naturaleza humana en todos los hombres de las diversas épocas, sino que implica además la negación determinante de que la dimensión histórica del hombre tenga alguna influencia en la aplicación de esa ley, o sea, que los cambios en la realidad histórica de individuos y comunidades humanas traigan consigo alguna modificación del enjuiciamiento de esa realidad a la luz del derecho natural.

Sin embargo, Kelsen es consciente de los esfuerzos que el iusnaturalismo ha realizado para explicar esa posible repercusión de las circunstancias y situaciones sociales sobre los contenidos de derecho natural. Describe ese empeño de la siguiente manera: "La teoría iusnaturalista se ha mostrado hasta ahora incapaz de formular normas para el comportamiento justo, es decir, normas universales, válidas en todo tiempo y lugar y en todas las circunstancias: se ha mostrado, pues, incapaz de constatar la existencia de un Derecho natural 'inmutable'; esta objeción irrefutable ha llevado a la formulación de la teoría de un Derecho natural variable. Se concede que las reglas del comportamiento social de los hombres sobre las cuales puede fundarse un Derecho natural no son inmutables como las leyes físicas formuladas por las ciencias de la naturaleza, sino que, al contrario, varían de acuerdo con las transformaciones de la vida social y de las circunstancias políticas y económicas. Esto significa que la naturaleza humana, tal como se manifiesta en sus reacciones ante la evolución de las circunstancias políticas

---

(83) JDN, n. 32, p. 107.



y sociales, es también variable y que, por tanto, no hay en modo alguno naturaleza humana inmutable ni, en consecuencia, Derecho natural inmutable que se deduciría de esa naturaleza: así, pues, el Derecho natural será variable, es decir diferente según las épocas y las sociedades. Esta es la versión radical de la teoría de un Derecho natural variable. Pero esta teoría puede también significar solamente que, junto a la naturaleza inmutable del hombre, existe también una naturaleza variable y que cabe deducir de ésta un Derecho natural variable al igual que se deduce de aquella un Derecho natural inmutable" (84).

La primera de esas versiones del "derecho natural variable" es criticada por nuestro autor, no solamente por las mismas razones que, en su opinión, se oponen a todo iusnaturalismo, sino sobre todo en cuanto, a su juicio, implica apartarse de la auténtica noción del derecho natural, abdicando a favor del positivismo. "Si la naturaleza del hombre no es inmutable, si no cabe deducir de ella normas invariables (...) que prescriban un comportamiento justo, resulta que no podrá haber tampoco un solo Derecho natural que sirva de criterio absoluto para juzgar la elaboración de un derecho positivo; habrá, por el contrario, necesariamente Derechos naturales diferentes, eventualmente contradictorios, es decir, normas de justicia que no constituyen sino valores relativos. Este es el punto de vista del positivismo relativista" (85). Kelsen cita en nota a Coing, pero nos parece indudable que también está pensando en Stammler con su célebre doctrina del "derecho natural de contenido variable". La argumentación de Kelsen, tan de sentido común, demuestra que en esa clase de formulaciones se ha desdibujado considerablemente la esencia del derecho natural como algo necesariamente exigido por la naturaleza del hombre.

Enseguida expone y critica la segunda versión del "derecho natural variable". A la vista del fracaso de la primera, escribe: "Se comprende, por tanto, que el Derecho natural variable sea presentado la mayor parte de las veces como sistema de normas paralelo o subordinado al Derecho natural inmutable: se distingue entonces dos naturalezas del hombre o dos capas en la naturaleza humana, una inmutable y otras variable, fundándose sobre una el Derecho natural inmutable y sobre otra el derecho variable" (86). Como ejemplo de esta corriente menciona a Utz en su interpretación de Santo Tomás

---

(84) Ibidem, n. 46, pp. 142-143.

(85) Ibidem, n. 46, pp. 143-44. Subrayado en el original.

(86) Ibidem, n. 47, pp. 144-145.





(87). Utz afirma claramente la inmutabilidad del derecho natural, y al mismo tiempo resalta la importancia del dato concreto, del supuesto de hecho o materia de la regulación, cuando se trata de discernir lo que es de derecho natural en una situación determinada. Es lo que, tras algunas consideraciones tendentes a poner de manifiesto que la atención al caso concreto debe ir unida a la aplicación de normas generales, el propio Kelsen reconoce como verdadero sentido de la doctrina de Utz: "El Derecho natural variable -expresa con su acendrado normativismo, que le impide concebir que se preste atención alguna a la realidad objeto de la norma- es, pues, el conjunto de normas individuales con ayuda de las cuales se resuelven los casos concretos aplicando las normas generales del Derecho natural inmutable" (88). Pero, si es la simple aplicación mudable de algo inmutable, ¿por qué hablar de derecho natural y de naturaleza mudables?. Es evidente que estas expresiones, al menos como las entiende nuestro autor, no cuadran en absoluto con el pensamiento de Utz ni con el de Santo Tomás. Son esquemas preconcebidos que Kelsen les aplica, aunque él mismo es el primero que los impugna, como inadecuados a la verdadera idea del derecho natural. A idéntico proceso crítico somete un texto de Pío XII, en el que el Papa se refiere a la incidencia de las transformaciones de las circunstancias económicas, sociales y políticas en su regulación de conformidad con el derecho natural, subrayando la permanencia de las exigencias fundamentales de la naturaleza humana. Primero nuestro autor señala que ese texto invocaría la teoría que distingue dos estratos en la naturaleza humana, e inmediatamente -como si se tratara de una crítica al texto pontificio, cuando en verdad es una refutación de la interpretación que él mismo ha propuesto- hace ver, como se desprende del discurso del Papa, que sólo puede haber un Derecho natural y que éste sería necesariamente inmutable.

Con estas críticas se reafirma Kelsen en su concepción rígida y ahistórica del derecho natural. Ello resulta muy explicable dados los principios de su doctrina: cualquier intento de considerar la realidad de las diversas situaciones humanas en la aplicación del derecho natural, supondría violar la completa incomunicación que él establece entre esa realidad y el mundo de las normas.

---

(87) Nos parece indudable que esta interpretación es fiel a los principios de la filosofía tomista, ya desarrollados en este sentido por autores de la Escuela española del derecho natural, como Molina y Suárez (cfr. M. SANCHO IZQUIERDO-J. HERVADA, Compendio de Derecho Natural, cit., II, pp. 280 y 292).

(88) JDN, n. 47, p. 147. El subrayado no está en el original.



## 6. La "función conservadora" del derecho natural.

Para completar este análisis de la noción kelseniana del derecho natural, es indispensable hacerse cargo del carácter conservador que atribuye a la doctrina iusnaturalista. Nos previene, ante todo, que al hablar de función conservadora, reformista o revolucionaria, no está introduciendo un juicio de valor, como si la conservación de un orden, o su modificación o suplantación por otro, significara un bien o un mal, una mayor o menor justicia o injusticia. Simplemente procura realizar una comprobación fáctica acerca de la función histórica de las diferentes teorías iusnaturalistas, para determinar si han contribuido a mantener el orden positivo establecido, o bien han ayudado a cambiarlo.

"Dicha investigación muestra que las teorías iusnaturalistas, tal como han sido presentadas por sus partidarios más calificados, han servido en lo esencial para justificar los ordenamientos jurídicos establecidos y sus principales instituciones políticas y económicas, considerándolas conformes al Derecho natural: han tenido, pues, un carácter totalmente conservador. Revela esa investigación que la idea del Derecho natural no ha realizado una función reformadora ni revolucionaria más que de modo excepcional y que cuando a fines del siglo XVIII en América y en Francia se produce esa situación, rápidamente surge un movimiento intelectual dirigido contra dicha teoría del Derecho natural reformador, movimiento que ha encontrado su expresión característica en la 'Escuela histórica del derecho' precursora del positivismo jurídico en el siglo XIX. El carácter primariamente conservador de la teoría del Derecho natural es consecuencia de la actitud adoptada por la mayor parte de sus defensores, y, en particular, por los representantes clásicos del iusnaturalismo frente a un problema decisivo para toda la teoría: el problema de la relación entre Derecho natural y derecho positivo" (89).

Como ya señalábamos al tratar del supuesto dualismo de la doctrina del derecho natural, la idea de éste, en su pureza originaria, debería conducir a la conclusión -según nuestro autor- de que el derecho positivo está de más. Todo podría ser regulado por el derecho natural, y cualquier normativa positiva acarrearía el peligro de contradecir lo justo natural, por lo que sería pernicioso. Sin embargo, recuerda que ninguno de los teóricos importantes del derecho natural ha extraído semejante conclusión, y que, antes bien, ellos subrayan con fuerza la necesidad del derecho positivo (90).

---

(89) Ibidem, n. 50, pp. 150-151. Sobre este problema, más detalladamente, cfr. los trabajos citados supra, nt.3.

(90) En JDN, n. 50a), p. 151, nt. 118 alude a la doctrina de Santo Tomás, fijándose sólo en un aspecto de la necesidad del derecho positivo



Admitida la necesidad del derecho positivo, los partidarios del derecho natural sostienen que cuando aquél se opone a éste, es inválido; "(...) no obstante, presentan al mismo tiempo argumentos tendentes a hacer absolutamente imposible o al menos muy improbable el conflicto entre Derecho natural y derecho positivo, intentando asegurar, incluso en aquellos casos, la validez del derecho positivo. Para lograr este objetivo se convierte el derecho positivo en un delegado del Derecho natural y se deduce de la naturaleza la norma que exige la obediencia al derecho positivo. Este derecho positivo viene más o menos identificado al Derecho natural, con lo cual se suprimen o, al menos, se reducen al mínimum las posibilidades de un conflicto entre ellos. Esta tendencia se manifiesta muy claramente en la teoría estoica del Derecho natural y en la teoría yusnaturalista de la teología cristiana que están profundamente influida por el estoicismo" (91).

Al estoicismo corresponde el mérito de haber elaborado, por primera vez, una doctrina sobre la ley natural que ha llegado, con muchos desarrollos y depuraciones, hasta la actualidad. Kelsen expone sumariamente la doctrina estoica, que, al tiempo que identifica la ley natural con lo que prescribe la recta razón humana, liga esta última con la razón divina. Nuestro autor sostiene que los estoicos admiten dos naturalezas humanas, y, por consiguiente, dos derechos naturales: uno perfecto y otro imperfecto. Mientras que según el primero -propio de una edad dorada- no habría diferencias sociales ni propiedad privada ni esclavitud, si existirían estas instituciones en el derecho natural imperfecto -actualmente vigente-, como consecuencia de la corrupción de la naturaleza humana. Pero este derecho natural imperfecto sería el mismo derecho positivo, y su función -en cuanto supuesto derecho natural- sólo consistiría en justificar el orden establecido, lo que se explicaría por el hecho de haber sido el estoicismo una filosofía de la clase privilegiada.

Prescindimos de una valoración filosófica o histórica de las anteriores aseveraciones, típicas del genio simplificador de Kelsen, para fijarnos en su exposición de lo que denomina "la teoría del doble derecho natural en la Iglesia". "La Iglesia cristiana ha tomado del estoicismo la teoría de las dos naturalezas humanas y del noble Derecho natural" (92). Sobre la base de las conclusiones del teólogo y filósofo

---

-el establecimiento de sanciones-, sin tomar en consideración la fundamental doctrina tomista de la derivación de las leyes humanas de la ley natural por vía de conclusión y determinación (cfr. Suma Teológica, I-II, q. 95, a. 2).

(91) JDN, n. 50b), p. 152.

(92) Ibidem, n. 50d), p. 154.





fo protestante Ernst Troeltsch (93), Kelsen presenta este "doble derecho natural de la Iglesia" en los siguientes términos: en los primeros tiempos de la Iglesia, que habría sido una religión de clases inferiores no propietarias, no había lugar para un derecho natural que justificara el orden establecido. Por el contrario, el mundo aparecía para los cristianos como algo malo, y ante él se adoptaría una actitud de total hostilidad. No obstante, Kelsen dice que al irse convirtiendo el cristianismo en religión de las clases propietarias, se habría modificado esa actitud de repulsa. Aceptándose la teoría estoica del derecho natural, ésta penetraría a través de lo que, para nuestro autor, constituye "el mito bíblico del Paraíso perdido" (94). Así, habría un derecho natural perfecto anterior al pecado original, y un derecho natural imperfecto posterior a la caída, que correspondería a una naturaleza humana que se habría vuelto mala. "El derecho positivo, por el cual se expresa el Derecho natural imperfecto, es la consecuencia, querida por Dios, del pecado original, y al mismo tiempo el castigo impuesto por El" (95). Y en esta teoría de nuevo encuentra una función de mantención del orden existente.

Esta interpretación responde a un conglomerado de puntos de vista *a priori*. Desde luego, está impregnada por el más radical agnosticismo, para el cual lo que está aquí en juego serían sólo posturas ideológicas al servicio de ocultos intereses, sin que se vea en el cristianismo el menor asomo de lo sobrenatural. La historia del cristianismo en clave socio-política, la exégesis bíblica que ve mitos doquiera aparece lo que excede a la razón humana, la concepción luterana del pecado original como corrupción de la naturaleza, su interpretación del estoicismo -que también parece fundamentarse en Troeltsch-, la visión de la ascética cristiana con categorías maniqueas, son puntos de partida inde mostrados que impiden la adecuada captación de la ley natural en la Sagrada Escritura y en la tradición cristiana, así como la valoración de la influencia del estoicismo en la teología cristiana, y, en general, un tratamiento científicamente correcto de esta materia. Por ello, Kelsen pasa por alto la decisiva influencia del cristianismo en la historia de la doctrina del derecho natural (96).

---

(93) Al que cita en *ibidem*, n. 50d), p. 155. En el análisis que lleva a cabo este autor tiene considerable importancia el traslado del modelo histórico de la iglesia luterana sometida al poder temporal de los príncipes, a la comprensión de la historia de la Iglesia en los primeros tiempos.

(94) *Ibidem*, n. 50d), p. 154.

(95) *Ibidem*, n. 50d), p. 155.

(96) Sobre la influencia del estoicismo en la Patrística, vid.



En esta prueba de la función predominantemente conservadora del iusnaturalismo, Kelsen aborda la doctrina de los representantes de la Escuela racionalista. Destaca que, para Hobbes, la obediencia al derecho positivo es una exigencia del derecho natural, por lo que sería imposible una contradicción entre ambos. Según Pufendorf, tal conflicto podría darse en teoría, pero en la práctica sería una hipótesis absurda, ya que sólo un soberano loco o deseoso de disgregar la comunidad podría crear normas contrarias al derecho natural. De este modo, ante un derecho positivo en vigor se presume su conformidad con el derecho natural. Otra vía por la cual se fortalecería el derecho positivo, es la de atribuir la interpretación del derecho positivo al mismo creador de ese derecho, por lo que él determinaría cuando se opone al derecho natural. Y, aun cuando los iusnaturalistas enseñen que debe negarse obediencia a un derecho contrario al Derecho natural, atenuarían esta exigencia en cuanto esa actitud no sería obligatoria si la negación obedecer llevase consigo un escándalo o peligro. Después de mencionar la teoría que explícitamente asegura la validez del derecho positivo cuando contraría al derecho natural, en cuanto reduce el derecho natural a una simple idea crítica normativa -tendencia presente en la concepción de los reformadores protestantes-, reitera su conclusión ya proclamada al principio: "De cuanto venimos diciendo se deduce que la teoría del Derecho natural que, teóricamente, según su concepción, niega toda validez al derecho positivo en cuanto tal, conduce en la práctica, es decir, en su manera de presentar efectivamente las cosas, a un gran fortalecimiento del poder de ese derecho positivo" (97).

Junto a los autores racionalistas, y sin distinguirlo

---

M. SPANNEUT, Le stoïcisme des Pères de l'Eglise, París 1957. En cuanto a la importancia del cristianismo en la historia de la doctrina iusnaturalista, vid. M. SANCHO IZQUIERDO-J. HERVADA, Compendio de Derecho Natural, I, pp. 122-130. Para desmontar todo este esquema hermenéutico, basta leer tres textos del Nuevo Testamento: respecto a la actitud del cristianismo ante el mundo, Jesús reza así a su Padre celestial: "No te pido que los saques del mundo, sino que los preserves del mal" (Io. XVII, 15); en lo concerniente a la obediencia a las autoridades, San Pablo escribe: "Toda persona esté sujeta a las potencias superiores: porque no hay potestad que no provenga de Dios" (Rom. XIII, 1) y en lo que respecta a la concepción cristiana de la ley natural, es decisivo el texto, también de San Pablo, que dice: "En efecto, cuando los gentiles, que no tienen ley (se refiere a la ley escrita), hacen por razón natural lo que manda la ley, esos tales no teniendo ley, son para sí mismo ley; y ellos hacen ver que lo que la ley ordena está escrito en sus corazones, como se lo atestigua su propia conciencia" (Rom. II, 14-15).

(97) JDN, n. 50f), p. 159.



de ellos, Kelsen acude varias veces a diversos textos de Santo Tomás en abono de su tesis. En ningún momento, sin embargo, deja constancia del primer dato clave para una recta inteligencia de la doctrina tomista: la ley injusta no es ley (98). Tampoco hace notar que el caso de una obligatoriedad accidental de una ley injusta, para evitar males mayores, sólo se da, según Santo Tomás, cuando se trata de una ley humana que sólo se opone al bien humano -como cargas impuestas sin que el bien común lo requiera-, y no directamente a la ley divina, donde entraría todo lo que contraría directamente a la ley natural (99). El tratamiento equilibrado del Aquinate es distorsionado por el molde crítico a que lo somete el autor.

Respecto a la pretendida función conservadora del derecho natural en la historia, advirtamos, en primer lugar, que sólo tiene sentido para el que reduce el derecho natural a ideología. En efecto, si el derecho natural es una realidad, un hecho, entonces no corresponde calificarlo de ese modo (100). Si una situación es injusta, por derecho natural ha de cambiarse; si es justa, deberá mantenerse, mas no por un prurito de conservadurismo, sino porque su alteración conduciría a la injusticia, sin que ello implique poner coto al auténtico progreso. Cuestión diversa es la de la importancia de los usos y costumbres en un orden jurídico, pero su defensa -en tanto no frene la vida social, sino que oriente mejor las transformaciones sociales- no será una cuestión de derecho natural, sino de política social y legislativa, supuesto que ni el orden establecido ni su modificación lesiones el derecho natural.

## 7. Las fuentes de inspiración de la noción kelseniana.

Resumamos las principales características del derecho

---

(98) Cfr. Suma Teológica, I-II, q. 52, a. 2.

(99) Cfr. ibidem, I-II, q. 96, a. 4. También es muy poco fiel al Aquinate la interpretación kelseniana acerca de quien decide la adecuación de la ley humana a la divina: parece aplicar la doctrina contenida en ibidem, I-II, q. 96, a. 6 -que se refiere al caso de una ley que es en general justa, pero que se torna injusta en un caso concreto- al supuesto de una ley en sí misma injusta.

(100) "Una afirmación de derecho natural, tomada como reivindicación o slogan políticos puede parecer revolucionaria o conservadora, pero eso es apreciación subjetiva, pues de por sí no es otra cosa que justa. Si a alguien le parece revolucionaria es que está instalado en un sistema injusto; si la aprecia como conservadora es que está intentando introducir la injusticia" (J. HERVADA, Introducción crítica al Derecho Natural, cit., p. 191, subrayado en el original).





natural en la idea de él que Kelsen tiene en mente: se trata de diversas teorías que afirman un orden normativo ideal, distinto y paralelo al del derecho positivo, constituido por normas de justicia que miran al comportamiento social (moral social). Este orden debería fundarse lógicamente en la creencia en la voluntad de Dios que lo ha implantado en la naturaleza; aparece como un sistema normativo inmutable, en el sentido de ahistórico e independiente de las transformaciones fácticas en la sociedad; y a lo largo de la historia su defensa ha cumplido predominantemente una función justificadora del orden dado, o sea, ha tenido una función conservadora. Otros rasgos serán indicados y analizados más adelante, al recoger la argumentación kelseniano en contra de esta doctrina. Para una captación suficientemente precisa de la noción de Kelsen, bastan las características que hasta ahora hemos estudiado.

Una exigencia de elemental rigor histórico-filosófico lleva a preguntarse por las fuentes de esta concepción del derecho natural sustentada por el autor, incluso defendida por él contra posibles desviaciones. No estamos en condiciones de emprender una indagación detallada de este relevante problema, pero pensamos que podemos aproximarnos a una respuesta bastante segura.

Para comenzar, de esas fuentes deben descartarse todas las corrientes iusnaturalistas contemporáneas que, aunque usen el término "derecho natural", no lo conciben como derecho propiamente dicho, sino como un valor, una idea directriz, un postulado ético sin consecuencias jurídicas, o algo por el estilo. No cabe duda de que, para Kelsen, el derecho natural -de existir- sería verdadero derecho, de tal modo que el derecho positivo que lo contradijera no podría ser válido.

Retrocediendo históricamente nos encontramos con la Escuela racionalista moderna del derecho natural. ¿Qué relación tiene la noción kelseniana con las posturas de Grocio, Pufendorf, Thomasio o Wolff? A primera vista, hay datos que parecen marcar una apreciable distancia entre estos autores y el concepto de Kelsen. Este insiste en el fundamento teológico necesario del derecho natural, mientras que el intento de reivindicar la autonomía del saber racional frente a la fe y la teología es una acusada nota del iusnaturalismo racionalista.

A nuestro juicio, sin embargo, ese contraste no obsta a la comprobación de que el derecho natural que el jurista vienés maneja -y, por ende, el que analiza y ataca- es, en sustancia, el derecho natural del racionalismo moderno. Las coincidencias son muy significativas, y afectan, a la misma esencia del derecho natural. Nos limitaremos a enumerar los puntos de contacto, ya que su presencia en la obra kelseniana ya ha sido mostrada en las páginas precedentes, y su per-



tenencia al ámbito de las ideas de la Escuela moderna es de sobra conocido (101). Al tratar de la justicia, vimos que Kelsen concibe el derecho natural como un sistema de normas lógicamente derivadas, por vía de deducción silogística, a partir de unos pocos principios a priori, hasta cubrir la regulación de la entera vida social. En íntima conexión con este presupuesto, el derecho natural y el positivo aparecen como dos órdenes normativos distintos. Estas dos notas separan nítidamente la idea kelseniana del derecho natural con respecto a la concepción clásica, ajena al deductivismo apriorístico y al dualismo de órdenes normativos. Pero los puntos en común entre la noción kelseniana y las concepciones de los iusnaturalistas del racionalismo no terminan ahí: al igual que ellos, Kelsen convierte al derecho natural en algo rígido, sin contacto con las realidades mudables de la historia humana; y coincide también con ellos al entender el derecho natural como una moral social, que traspasa los límites de lo estrictamente jurídico. Por lo demás, nuestro autor ha heredado otros elementos de la Escuela racionalista: la incorporación de la coacción a la esencia del derecho y, como veremos dentro de poco, la interpretación empírica de la naturaleza humana.

En suma, estamos ciertos de que hay aspectos muy relevantes que Kelsen ha tomado del iusnaturalismo moderno a la hora de presentar su concepción del derecho natural. Como es obvio, ello condiciona radicalmente el alcance de sus críticas. No cabe duda de que con gran frecuencia acude a otros autores -desde los filósofos griegos hasta tomistas contemporáneos- y que reserva en sus citas un puesto muy relevante a Santo Tomás de Aquino. Pero tenemos la impresión de que interpreta estas otras doctrinas con esquemas procedentes de la Escuela racionalista, que le inhabilitan, por ejemplo, para una cabal comprensión de la noción clásica del derecho natural. De este modo, considera los principios morales y jurídicos en Santo Tomás como si fueran premisas a priori con las cuales, por simples razonamientos, se podría levantar un sistema completo de derecho natural; se demuestra incapaz de captar el sentido de las elaboraciones sobre el tema de las relaciones entre derecho natural e historicidad del hombre, que los autores tomistas han llevado a cabo; interpreta el derecho natural en la Iglesia según esquemas dualistas; atribuye el normativismo a Santo Tomás, al identificar en él lex naturae y ius naturale; etc.

Aventuramos una comparación histórica que estimamos sugestiva: del mismo modo que la crítica kantiana de la metafísica tuvo por objeto la metafísica racionalista de Wolff, la crítica kelseniana del derecho natural sólo alcanza al derecho natural del iusnaturalismo racionalista, entre otros

---

(101) Cfr., para una caracterización elemental, M. SANCHO IZQUIERDO-J. HERVADA, Compendio de Derecho Natural, cit., II, pp. 299-313.



del propio Wolff. Así como Kant nos enseña, con su crítica de la metafísica en Wolff, que una vía a priori para abrirse paso a la metafísica es imposible, Kelsen nos ayuda a darnos cuenta de que es menester superar los rasgos del derecho natural que se concibió en esa Escuela racionalista. Kelsen pretende haber sepultado al derecho natural, al igual que Kant pensaba haberlo hecho con la metafísica. Pero lo que han enterrado es sólo una deformación de la metafísica y del derecho natural. La crítica, aunque no alcanza al auténtico derecho natural, tiene el mérito de prevenirnos de recaer en esas desviaciones del racionalismo.

## **B. Las razones del rechazo kelseniano del derecho natural.**

### **1. Los principales argumentos kelsenianos.**

Llega el momento de hacerse cargo de la crítica kelseniana del derecho natural, que tanta mella ha causado en numerosos juristas contemporáneos. Conociendo su idea del derecho natural, lo mismo que los principios de su Teoría Pura, será tarea más bien sencilla la de comprender y valorar las razones que avalan el positivismo kelseniano.

Kelsen combate declaradamente y sin cuartel la existencia de un derecho distinto del positivo, e incluso la posibilidad lógica de concebirlo. A nuestro entender, los variados argumentos que afloran por todas partes en sus escritos, pueden resumirse en seis objeciones principales que miran a los mismos principios del iusnaturalismo, a las que se agregan otras refutaciones por reducción al absurdo.

La separación entre ser y deber ser (formulada en ocasiones como separación entre naturaleza y norma, o entre realidad y valor), la separación entre razón y voluntad, el positivismo jurídico en cuanto teoría monista del derecho, el relativismo axiológico, el agnosticismo metafísico y religioso, y la limitación del conocimiento racional al ámbito de lo sensible, según los postulados del empirismo, son puntos de partida que nos resultan muy familiares. Sobre ellos monta el autor sus argumentaciones contra el derecho natural, de modo muy simple y coherente con esos principios. Por otro lado, añade que el iusnaturalismo de muchos autores sería intrínsecamente contradictorio, llevaría a conclusiones contradictorias en los diferentes autores, y trabajaría con fórmulas vacías. No volveremos sobre esto último -la supuesta vacuidad de las normas naturales-, ya suficientemente expuesto y comentado al tratar de la crítica de la justicia, y nos contentaremos con presentar lo esencial de las restantes razones, ya que su trasfondo filosófico en la doctrina de Kelsen ya ha sido examinado. Por lo demás, múltiples variantes





de estos argumentos, e incluso otros ángulos de la crítica no serán recogidos, por no agregar nada substancial para el objeto de este trabajo.

## 2. La separación entre el ser y el deber ser.

El argumento central tendente a demostrar la imposibilidad lógica del concepto del derecho natural nos conduce a la piedra angular del sistema kelseniano: la separación entre Sein y Sollen, o, para usar otras expresiones que en el vocabulario de nuestro autor son sinónimas, entre naturaleza y norma, entre realidad y valor. Bajo el título "el error lógico de la teoría iusnaturalista", Kelsen desarrolla su raciocinio favorito en contra del derecho natural: "Entendiendo por 'naturaleza' la realidad empírica de los hechos concretos en general o la naturaleza particular tal como viene dada en el comportamiento concreto -interior o exterior- de los hombres, resultará que una teoría que pretende poder deducir de la naturaleza las normas descansa sobre un error lógico fundamental. Esta naturaleza es en efecto, un conjunto de hechos conexionados entre sí en virtud del principio de causalidad, es decir, como causa y efecto: esa naturaleza es, pues, un ser (Sein). Ahora bien, de un ser no puede deducirse un deber (Sollen), de un hecho no puede deducirse una norma: ningún deber puede ser inmanente al ser, ninguna norma a un hecho, ningún valor a la realidad empírica. Solamente aplicando desde el exterior un deber (Sollen) al ser (Sein), unas normas a los hechos, cabe juzgar a éstos como conformes a la norma, o sea buenos y justos, o como contrarios a ella, o sea malos e injustos; solamente así cabe valorar la realidad y calificarla como algo dotado o carente de valor. Imaginar que cabe descubrir o reconocer las normas en los hechos, los valores en la realidad, significa ser víctima de una ilusión. Para poder deducir esas normas desde los hechos lo que se hace es proyectar, incluso de manera inconsciente, sobre esa realidad fáctica las normas que se presuponen y que constituyen los valores. La realidad y los valores pertenecen a dos campos distintos" (102).

Nótese que la ilusión que descubre en el iusnaturalismo resulta de la aplicación de su propio principio de dicotomía realidad-valores. O sea, no es más que otra formulación, ingeniosa y polémica, de idéntico principio. Como es sabido, la separación entre ser y deber ser se eleva en la Teoría Pura al rango de axioma, dotado de evidencia. Por tanto, en vano se buscarán razones que justifiquen lo que es un principio que se considera indemostrable. Por otra parte, nos parece oportuno insistir en que, para su correcta comprensión, es necesario tener en cuenta qué significan, en Kelsen, ser,

---

(102) JDN, n. 31, p. 103.



deber ser, norma, naturaleza, valor, realidad (103). Por lo demás el pasaje transcrito manifiesta claramente que se parte de una concepción empírica de la naturaleza, en cuanto conjunto de hechos ligados por el principio de causalidad, tal como lo conceptualizaba nuestro autor (104).

En Justicia y Derecho Natural se dedican un buen número de páginas a la impugnación de los intentos de fundar el derecho en la naturaleza, y especialmente en la naturaleza humana. "Esta naturaleza del hombre -explica el autor- es esencialmente su naturaleza psíquica, es decir, su constitución 'interna', y no su naturaleza física. Pero deberán igualmente tenerse en cuenta las circunstancias externas en las cuales la naturaleza interna del hombre se manifiesta al exterior y ante las cuales el hombre, en virtud de su naturaleza interior, reacciona con un comportamiento exterior. Teniendo en cuenta estas circunstancias exteriores, se habla de una 'naturaleza de las cosas', permaneciendo, no obstante, como factor determinante la naturaleza del hombre colocado en circunstancias exteriores y actuando en su comportamiento exterior no con sus instintos, su razón o sus sentimientos. Contra los intentos realizados por deducir de la naturaleza del hombre las normas del comportamiento justo, cabe primeramente formular la siguiente objeción central que se dirige a la teoría del derecho natural en general: del ser no puede deducirse un deber ser, de los hechos no pueden deducirse normas" (105). Por consiguiente, de la naturaleza empírica del hombre -tal cual resulta de su comportamiento externo e interno, y como puede ser observado en la realidad de la existencia social- no podría deducirse cómo el hombre debe comportarse. Si se pretende llevar a cabo esa inferencia no sólo se incurrirá en un sofisma lógico, sino que se llegará a resultados contradictorios entre sí, lo que, conforme a la visión lógico-trascendental de Kelsen de 1960, se opondría a la unidad del orden que así se tratara de establecer. En efecto, el autor hace notar que, por lo que atañe a los instintos, éstos con frecuencia se hallan en conflicto entre sí, tanto en el individuo aislado como en las relaciones entre los hombres.

En toda esta materia está totalmente ausente la más remota alusión a la naturaleza humana metafísicamente entendida, como esencia del hombre en cuanto que es principio de sus operaciones. La única naturaleza humana que Kelsen considera es la que resulta de la observación empírica de las tendencias humanas. En consecuencia, todas sus razones en contra de la posibilidad de fundamentar un derecho natural so-

---

(103) Cfr. TP (2ª ed. al.), cap. I.

(104) Cfr. ibidem.

(105) JDN, n. 33, pp. 109-110.



bre la naturaleza demuestran sólo esto: tal fundamentación es imposible si se parte de la naturaleza empírica del hombre.

Se detiene a examinar el paralelismo entre los preceptos de la ley natural y las inclinaciones naturales del hombre, que Santo Tomás expone en un conocido pasaje de la *Suma Teológica* (106). Kelsen entiende esas inclinaciones naturales como instintos, y piensa que de los instintos los iusnaturalistas pretenden deducir las normas de derecho natural. De acuerdo con su determinismo, advierte, en primer término, que una ley que ordene comportarse conforme a los instintos es superflua, ya que la conducta humana estaría determinada inexorablemente por las fuerzas instintivas. Resalta, como veíamos, la existencia de conflictos entre los instintos. Poniendo el ejemplo del instinto de conservación, expresa que no hay motivo para considerarlo más natural que su contrario, el instinto de autodestrucción, manifestado en los suicidios. Y, desde luego -observa- el instinto de conservación de uno puede entrar en oposición con el de otro: de tales instintos en contraste no se podría obtener ninguna norma que solucione semejante problema. Por otro lado, junto a la existencia de instintos altruistas, deja constancia de que hay otros de tipo egoísta, como el de agresión. La teoría iusnaturalista, enfrentada a esa variedad de tendencias innatas, distingue -según Kelsen- entre aquellas que son buenas -de las cuales se deduciría la norma correspondiente que prescribe atenerse a ellas- y las que son malas -y que, por ende, no deberían seguirse. Si para efectuar esta distinción se recurre a los fines del hombre, que el iusnaturalismo cree encontrar en la naturaleza humana, ocurre que ellos "(...) no podrán ser sino fines objetivos impuestos a los hechos naturales por una autoridad trascendente, es decir que no podrán ser sino normas presupuestas por la teoría del Derecho natural" (107). Esta presuposición de normas es la que permite, según nuestro autor, establecer la diferencia entre naturaleza "natural" y naturaleza "no natural". "Significa esto que el sentido de la noción de naturaleza sufre una transformación radical. La naturaleza real, la naturaleza tal como es, cede su puesto a una naturaleza ideal, a la naturaleza como debe ser según el Derecho natural. Resulta así que cuando la teoría del Derecho natural deduce de la naturaleza las normas de un derecho ideal, que se llama Derecho natural, lo que en realidad hace es deducir una naturaleza ideal desde un derecho que se llama natural, derecho que dicha teoría presupone como un derecho ideal y que está en todo caso obligada a presuponer para llegar a su noción de naturaleza, a la noción de la naturaleza buena y divina del

---

(106) Cfr. I-II, q. 94, a. 2.

(107) JDN, n. 35, p. 115.





hombre" (108).

Tampoco satisface a Kelsen el intento de concebir lo natural como el comportamiento "normal", como la conducta de la mayor parte de los hombres. La regularidad en las costumbres sólo se verifica -argumenta- en grupos reducidos y en períodos de tiempo breves. Pero incluso aunque se diera una tal normalidad común a todos los hombres no podría de allí extraerse una regla del deber ser. Si se hace tal derivación, se estaría implícitamente presuponiendo una de las tantas normas de justicia, la que ordena portarse como la mayoría. Esta norma trasunta, en el sentir de nuestro autor, un optimismo que para sostenerse ha de fundarse sobre base teológica, ... pero no faltan los teólogos pesimistas -comenta a renglón seguido- que hablan de la corrupción de la naturaleza humana por la culpa original, tesis que se inspiraría en San Agustín, o mejor, diríamos nosotros, en una interpretación -típica del luteranismo- de San Agustín.

Todo este esfuerzo crítico está condicionado por la noción de naturaleza que maneja Kelsen, la única, por lo demás, que, en atención a su empirismo de principio, está en condiciones de usar. Se comprende que, sobre esa base, sea imposible un análisis de las tendencias del hombre que conduzca más allá de la simple descripción de las conductas facticas. Si se niegan los fines objetivos que convienen al hombre según su esencia, si no se acepta una noción metafísica de esencia o naturaleza, si no se percibe el alcance ontológico del bien, si se reducen las tendencias humanas a puros instintos, si se niega la libertad humana y se piensa que el hombre está determinado a actuar por sus instintos, y además se enfoca todo el problema desde el presupuesto de la separación Sein-Sollen, el intento de descubrir las inclinaciones auténticamente naturales del hombre carece de sentido. No hay acuerdo en los mismos términos del problema. Formulado éste del modo como lo encara Kelsen, sus conclusiones serían respaldadas fervorosamente por cualquier iusnaturalista: es aberrante pensar que de los simples datos empíricos del comportamiento humano, estadísticamente ordenados, pueda obtenerse información acerca de cuales han de ser las normas a las que ha de adecuarse el actuar humano. No nos parece que sea válido este esquema en la interpretación del mencionado pasaje de la Suma Teológica; para Santo Tomás, las tendencias son manifestaciones de los fines del hombre, manifestaciones que en cuanto tales no se captan con una pura visión empirista.

---

(108) Ibidem, n. 36, pp. 115-116. Subrayado por el autor.



### 3. La separación entre razón y voluntad.

Bien conocida es la rigurosa separación entre la razón y la voluntad que caracteriza el pensamiento kelseniano. En ella descansa otra objeción clave, encaminada a mostrar el carácter intrínsecamente contradictorio que, según nuestro autor, tendría el concepto de razón práctica, a la que se atribuye el conocimiento de los preceptos naturales. Incluso en su obra póstula Teoría general de las normas (109) volverá a extenderse sobre este particular, en relación a la doctrina kantiana.

Así introduce el tema: "Una de las más relevantes tendencias de la teoría del Derecho natural es la que se acostumbra a denominar 'racionalista'. Sus representantes buscan la naturaleza del hombre en su razón y, en consecuencia, intentan deducir de la razón las normas de un derecho justo. Consideran que esas normas son inmanente a la razón o que, llegándose con ello al mismo resultado, la razón en cuanto autoridad creadora de normas, o sea en cuanto legislador, prescribe al hombre el comportamiento correcto, es decir, justo. Este Derecho natural se presenta como derecho de razón. Es justo lo que es natural porque es razonable. Considerada desde el punto de vista de la psicología empírica, la función específica de la razón es conocer los objetos que le son dados. Llamamos razón a la función de conocimiento del hombre. Pero crear normas, legislar, no es una función del conocimiento. Crear una norma no significa conocer cómo es un objeto ya dado, sino exigir algo que debe ser. En este sentido, crear normas es una función de la voluntad, no del conocimiento. Una razón que crea normas es una razón que conoce y al mismo tiempo que quiere, es a la vez conocer y querer. Esta es la noción contradictoria de la razón práctica que desempeña un papel decisivo no solamente en la teoría del Derecho natural, donde se presenta como teoría del derecho de razón, sino también además en la ética" (110).

Antes de pasar adelante, conviene poner de relieve una circunstancia que permite situar todo el análisis crítico desplegado por el autor. Aquello que considera en su crítica es el concepto de razón práctica propio del racionalismo, como expresamente lo declara. Por esta razón, sólo alude a dos alternativas en lo que concierne a la explicación de las relaciones entre la razón y las normas: o bien las normas son inmanentes a la razón, o bien la razón es creadora de ellas. Una tercera alternativa -de una razón que conoce las normas y que basa este conocimiento en la misma realidad- no entra en el horizonte de la crítica kelseniana. Sin embargo, antes de examinar el concepto de razón práctica en Kant,

---

(109) Cit., pp. 62-63.

(110) JDN, nn. 38-39, p. 119, subrayado por el autor.



dirigirá su atención a Cicerón y a Santo Tomás.

Al mismo tiempo, hay que tener presente el concepto empirista de razón con el que se mueve nuestro autor. La razón tendría por objeto el conocimiento de la realidad, pero esta realidad, en Kelsen, sólo abarca lo sensorialmente perceptible. De ahí que nuestra razón estaría por principio incapacitada para trascender de lo sensible, más allá de la famosa experiencia posible de Kant. Es obvio que en esta realidad, así circunscrita, difícilmente se capte la existencia de normas naturales. De este modo, la impugnación de la razón práctica ya está prefigurada en el mismo concepto de razón que aquí se maneja.

Toda esta exposición, por lo demás, no es sino una vertiente polémica del voluntarismo kelseniano. Las normas, según el jurista de Viena, son sentido de actos de voluntad, y como sólo cabría tener en cuenta los actos de voluntad empíricos, no habría más normas que las arbitrariamente puestas por los hombres. En cambio: "Si las normas que constituyen el valor moral y en particular el valor de justicia emanan de la razón, y no de una facultad humana diferente de la razón como es la voluntad, entonces los juicios del deber ser (Soll-Urteil) (...) podrán tener una validez tan objetiva, es decir, tan independiente del arbitrio humano como los juicios del ser (Seins-Urteil) que emanan de la razón teórica (...)" (111). Repárese, además, en que en el mismo concepto de razón práctica, al menos entendido de modo realista, se halla implícita la posibilidad de conocer el deber ser sobre la base del ser, lo que se opone al primer principio de la doctrina kelseniana.

"Ya Cicerón define el Derecho natural como producto de la 'recta razón' (recta ratio); al hacer esto distingue muy claramente una recta razón, es decir, dirigida hacia el bien, de una razón no recta o torcida razón que es la encaminada hacia el mal" (112). Así, la recta razón no sería la razón empírica, sino la razón tal cual debe ser. No olvidemos, de paso, que en cierto modo la razón que concibe Kelsen puede ser también calificada de razón que debe ser, puesto que debe limitarse a lo sensible, y a su interpretación trascenden tal. Desde su propia perspectiva, admite implícitamente la falibilidad de nuestra razón, que puede intentar -y de hecho parece obstinarse en ello- saltar por encima de las barreras que Kelsen, con todo el positivismo, se empeña en oponerle.

Continuando la exposición crítica de Cicerón, añade: "(...) define el derecho como la 'recta razón en armonía con la naturaleza' (De Republica, III, XXII, 33). Ahora bien,

---

(111) Ibidem, n. 42, p. 125.

(112) Ibidem, n. 39, p. 120.





Cicerón identifica esta naturaleza con Dios, afirmando que Dios es el creador de este derecho eterno e inmutable (*ibid.*). De hecho las normas de justicia absolutamente válidas sólo pueden ser inmanentes a la razón divina; solamente con respecto a la razón divina cabe mantenerse esa noción contradictoria de ser al mismo tiempo función del conocimiento y función de la voluntad, en cuanto que el principio lógico que excluye la contradicción no tiene aplicación para las afirmaciones relativas a las propiedades de Dios. Sólo la razón divina puede ser razón 'práctica', es decir, conocimiento legislador: hablando de Dios conocimiento y voluntad forman un todo único" (113).

Con ello Kelsen se hace eco de una de las posiciones teológicas elaboradas en relación a este problema de la conciliación de las diversas perfecciones divinas con la simplicidad de Dios. Corresponden sus afirmaciones a aquella línea que, imbuída de nominalismo y en aras de la defensa de la simplicidad, llegó a sostener que entre esas perfecciones sólo mediaría una distinción verbal. Así, podría afirmarse, por ejemplo, que Dios castiga por su misericordia. Como, de acuerdo con esta teoría, nuestros conceptos, al aplicarse a las realidades divinas, se tornarían equívocos, podríamos afirmarlo todo de Dios -lo que, bien mirado, importa decir que nada podríamos sostener con certeza-, yendo a parar en un cabal agnosticismo. Por esto, la teología tomista rechaza esa solución, y, afirmando la real identificación de las perfecciones en Dios, defiende su distinción de razón con fundamento en la realidad divina, lo que se armoniza con la predicción analógica de esas perfecciones respecto de Dios y las criaturas (114).

Respecto a la razón práctica en Santo Tomás, Kelsen destaca dos aspectos: el que ella sería la razón divina en el hombre -lo deduce de la conocida definición tomista de la ley natural como participación de la creatura racional en la ley eterna (115)-; y el que, como el imperio (*imperium*) es acto propio de la razón práctica (116), ésta cumpliría,

---

(113) *Ibidem*, n. 39, pp. 120-121.

(114) Cfr. A. GONZALEZ ALVAREZ, *Tratado de Metafísica. Teología Natural*, Ed. Gredos, Madrid 1968, pp. 360-371.

(115) Cfr. *Suma Teológica*, I-II, q. 91, a. 2.

(116) Cfr. *ibidem*, I-II, q. 17, a. 1. La expresión *voluntas, quae est in ratione*, en *idem* II-II, q. 58, a. 4, lleva a pensar a Kelsen que Santo Tomás afirmaría la inmanencia de la voluntad en la razón, por lo que las confundiría. Pero esta deducción es improcedente, ya que la expresión ha de entenderse precisamente a la luz de la distinción entre ambas potencias del hombre: el artículo está consagrado a mostrar que la virtud de la justicia no es de la razón, sino de la voluntad.



en la doctrina de Santo Tomás, a la vez una función de voluntad y de conocimiento, ya que el imperio implicaría la creación de normas. En consecuencia, la razón práctica sería en las formulaciones del Aquinate, una noción contradictoria.

En cuanto al primero de los puntos resaltados, para ser fieles a las posturas tomistas, habría que comenzar por eliminar cualquier resabio panteísta de expresiones como "la razón divina en el hombre" (117): la noción de participación en Santo Tomás no lo consiente en absoluto. Y por lo que atañe al segundo aspecto -la acusación de confusiónismo entre voluntad y razón- estamos seguros que, de una lectura aun superficial de las obras de Santo Tomás, se saca una conclusión muy distinta. Es una doctrina que se esmera en distinguir ambas facultades, estableciendo, claro está, sus mutuas conexiones, tal como se dan realmente en la unidad del vivir humano (118). Pero la interpretación kelseniana se explica muy sencillamente. Es fruto de un arraigado voluntarismo, que en el fondo hunde sus raíces en una suerte de autonomía de la voluntad al modo kantiano -aunque nuestro autor rechaza esta última en la concepción de la moral (119)-, sin embargo, la voluntad del que pone las normas se concibe en su obra de modo paradigmáticamente autónomo. De esta forma, cuando Santo Tomás sostiene que imperar es propio de la razón, Kelsen no puede concebir un imperio que no sea acto del puro querer, y piensa que el Aquinate está diciendo que un acto de la voluntad es acto de la razón. No acierta a ver un acto de imperio que no equivalga al establecimiento o creación de leyes por el hombre. Aunque el mismo Kelsen, apoyado en otros textos de Santo Tomás (120), se ve obligado a reconocer que la razón práctica humana en Santo Tomás no crea la norma natural, sino que la conoce. Pero ello no le

---

(117) Kelsen sostiene: "La teoría del Derecho natural inspirada en la teología de Santo Tomás de Aquino da, pues, simplemente prueba de lógica cuando afirma que el Derecho natural -que no es creado por Dios, pero que está al menos contenido en la esencia de Dios y es immanente a la razón divina- viene conocido por medio de un proceso que se denomina 'conocimiento de Dios por sí mismo' (...) (JDN, n. 41, p. 124) y cita el siguiente texto de Utz en apoyo de su aserto: "El ser divino y el conocimiento de Dios por sí mismo constituyen el fundamento íntimo del carácter racional del Derecho natural" (ibidem, loc. cit., nt. 80). Como se advertirá, mientras Utz se refiere al fundamento del derecho natural en Dios, Kelsen traslada su afirmación al ámbito del conocimiento humano de ese derecho, por lo que su interpretación adolece de un tinte claramente panteísta.

(118) Cfr. Suma Teológica, I-II, qq. 8-17 y 58.

(119) Cfr. Allgemeine Theorie der Normen, cit., pp. 62 ss.

(120) Cfr. Suma Teológica, I-II, q. 91, a. 3.



hace modificar su interpretación del imperare, sino que le lleva a suponer una contradicción en Santo Tomás. Por el contrario, éste propugna lo que se ha designado, quizás no muy acertadamente, como un "intelectualismo moderado", que ve el imperio -y, por consiguiente la ley- como acto de razón, pero reconoce al tiempo la decisiva intervención de la voluntad, cuyo acto está presupuesto en el de imperio. Si la razón al imperar mueve, es en virtud de ese acto del querer que se presupone. Pero, como es obvio, todo esto no se aviene con la rígida incomunicación entre ambas facultades que preconiza el autor. Esta incomunicación tal vez esté condicionada por las mismas nociones de tipo empírico que Kelsen utiliza al estudiar estas facultades espirituales del hombre, cuya conceptualización reclama una penetración ontológica en el ser del hombre.

"Quiere verse con frecuencia en la facultad de distinguir el bien del mal la esencia de la razón práctica. Esta interpretación hace remontar esta idea hasta el mito del árbol de la ciencia. El fruto de este árbol da el conocimiento del bien y del mal a quien, a pesar de la prohibición de Dios, como de él (Gen. II, 9,16,17). La serpiente dijo a la mujer: 'Dios sabe que el día que de él comáis se os abrirán los ojos y seréis como Dios, conocedores del bien y del mal' (Gen. III, 4,5). La esencia de Dios radica en que sabe lo que es el bien y el mal. Por el hecho de saberlo, quiere también que el bien sea hecho y el mal evitado. Su saber es su querer. Su razón es una razón práctica. En el pecado original el hombre se apropia esta razón divina" (121). Ya no extrañará ninguna de estas afirmaciones: la calificación de mito que otorga al pecado original -conforme a su agnosticismo teológico-, su adopción del punto de vista del nominalismo en cuanto a las relaciones entre las perfecciones divinas. Pero quizá llamarán algo más la atención estas dos tesis teológicas que responden a la conveniencia de la interpretación kelseniana: "La esencia de Dios radica en que sabe lo que es el bien y el mal", y "En el pecado original el hombre se apropia de esta razón divina". Desde luego, el agnosticismo no es terreno propicio para disputar sobre la esencia de Dios ni sobre el pecado original ...

A la teoría kantiana sobre la razón práctica se consagra una meticulosa investigación. "Se trataba para Kant -dice Kelsen, al introducir el tema- de salvar con ayuda de la razón práctica el dogma teológico de la libertad de la voluntad que no podía hacer subsistir con la sola razón teórica" (122). A continuación, se resumen las principales tesis kantianas acerca de este punto: la razón práctica como legisladora según el principio de autonomía de la voluntad -de modo

---

(121) JDN, n. 41, pp. 124-125.

(122) Ibidem, n. 43, p. 126.





poco compatible con el postulado kantiano de la existencia de Dios, como hace notar Kelsen-; la razón práctica identificada con la voluntad, pero, a la vez, concebida como una facultad idéntica a la razón pura -dando lugar a otra dificultad interna del kantismo, que nuestro autor resalta-; la libertad que se atribuye a la "cosa en sí", la que, por otra parte, aparece como incognoscible; el primado de la razón práctica; etc. Sostiene, en particular, que: "El concepto de razón práctica es, pues, el resultado de la mezcla inadmisibles de dos facultades humanas, esencialmente diferentes una de otra y que Kant mismo distingue" (123). Tras este recorrido, que abunda en citas literales de las obras del filósofo de Königsberg, ya sabemos dónde se dan verdaderamente las supuestas confusiones entre razón y voluntad que el autor achaca a Santo Tomás.

Descartada la razón práctica como base del conocimiento del derecho natural, se somete a examen la doctrina de Coing, que, recurriendo a ciertas ideas de Scheler y Hartmann, ha intentado poner el sentimiento del derecho (*Rechtsgefühl*) como aquello que permitiría captar el derecho natural. La argumentación crítica de Kelsen insiste en que ninguna norma de justicia puede deducirse de los sentimientos, tan diversos y cambiantes, incluso en un mismo individuo. Estimamos que la crítica que se desarrolla, si bien contiene elementos valiosos, no da con el núcleo de la cuestión, o sea, no explica por qué las emociones o sentimientos no pueden ofrecer nos un criterio valorativo absoluto y seguro. En efecto, la razón decisiva no es tanto la versatilidad de los sentimientos humanos, cuanto que a ellos, sea que se conciban como actos de la voluntad o de los apetitos sensibles, de ninguna manera les compete una función de conocimiento.

#### 4. El monismo iuspositivista.

Otra vía a través de la cual Kelsen se opone a la idea del derecho natural toma como punto de partida el carácter dualista que, en su opinión, sería distintivo de todo iusnaturalismo. Realiza una crítica interna de tal dualismo, en los siguientes términos: "Supone esto que ambas, la norma de justicia y la norma de derecho positivo, son consideradas simultáneamente como válidas, cosa que resulta imposible cuando las dos normas son contradictorias. En este supuesto, sólo una de las dos puede ser considerada válida. Así tenemos: frente a una norma de justicia que se supone válida, una norma de derecho positivo que la contradiga no puede ser considerada válida; o en caso contrario: frente a una norma de derecho positivo que se supone válida, una norma de justí

---

(123) *Ibidem*, p. 133.



cia que la contradiga no puede ser considerada válida" (124). Por esta razón, en definitiva ese dualismo abocaría en un monismo iusnaturalista. Al afirmarse la validez del derecho natural por encima de la del derecho positivo, de modo que si éste se opusiera a aquél sería inválido, ello vendría a significar que se reconoce validez tan sólo al derecho natural y no al derecho positivo en cuanto tal: la validez de éste no descansaría más que en su adecuación a la norma de justicia.

Teniendo a la vista los restantes argumentos contra el derecho natural, es evidente que este monismo de signo iusnaturalista le parece insostenible al jurista vienés. De hecho, la Teoría Pura es, de principio a fin, una rotunda defensa del monismo positivista. Su punto de vista se expresa muy claramente en un texto que se refiere a una posible contradicción entre una norma de derecho natural y una norma positiva. "Esto significa que según las normas jurídicas positivas dichos actos deben ser realizados, pero que en virtud de la norma de justicia no deben serlo. Ahora bien, no resulta posible que un acto deba y no deba a la vez ser realizado: no cabe aplicar sino una u otra de las dos normas. Es preciso por este motivo que, cuando se supone que una norma de derecho positivo es válida, no se tenga en cuenta la validez de la norma de justicia que pueda encontrarse tanto en armonía como en contradicción con aquélla" (125). Como toda la Teoría Pura se apoya sobre la suposición de validez del derecho positivo, al margen de su posible contenido, y a condición de que sea eficaz, ella excluye, con estricta coherencia a sus propios principios, la existencia de un orden normativo jurídico suprapositivo. Debe tenerse en cuenta, además, hasta qué grado influye la concepción dualista que nuestro autor se ha forjado respecto a las relaciones del derecho natural y el positivo. No concibe a ambos derechos como formando una unidad, un sistema unitario. Por eso, si se afirma la existencia del derecho natural, sostiene que sería lógico excluir, como superfluo y dañino, al derecho positivo. En fin, quizá sea también oportuno considerar aquí las últimas posiciones del autor sobre la existencia de conflictos en el mismo derecho positivo, que no podrían ser eliminados por la ciencia jurídica. Este nuevo enfoque tal vez requeriría una revisión de estas argumentaciones, tan fundadas en la unidad lógica del ordenamiento jurídico, si bien su rechazo del derecho natural no sufrió la más leve atenuación en los años finales de su vida, tal como lo demuestra su Teoría general de las normas (126). Lo esencial que, en todo caso, ha de retenerse es que, en virtud de su positivis

---

(124) Ibidem, n. 3, pp. 31-32.

(125) Ibidem, n. 4, pp. 35-36.

(126) Cfr. v.gr., Allgemeine Theorie der Normen, cit., p. 56.



mo monista, el derecho natural puede ser, para nuestro autor, cualquier cosa ... menos derecho válido, realmente existente.

## 5. El relativismo de los valores.

El relativismo axiológico excluye también, de raíz, cualquier intento de considerar el derecho natural como fundamento de validez del derecho positivo. Nuevamente el autor nos lo explica con su acostumbrada claridad. "Una teoría positivista del derecho, y con ello quiere decirse realista, no pretende negar la existencia de la justicia -es preciso insistir siempre en esto-, sino únicamente afirmar que de hecho se presuponen un gran número de normas de justicia diferentes y contradictorias. No niega que la elaboración de un ordenamiento jurídico positivo pueda estar determinada, y de hecho lo está generalmente por la representación de una cualquiera de esas normas de justicia. No niega que todo ordenamiento jurídico positivo, y los actos a través de los cuales se crean estas normas, pueden ser valorados en virtud de una de esas numerosas normas de justicia y calificados, por tanto, de justos o injustos. Lo que sostiene esta teoría es que esos criterios de valoración no poseen sino un carácter relativo y que, en consecuencia, los actos creadores del ordenamiento jurídico positivo pueden venir legitimados como justos si se les valora con un determinado criterio y, al mismo tiempo, condenados como injustos si el criterio de valoración elegido es otro: un ordenamiento jurídico positivo, concluye, sería, por tanto, respecto a su validez, independiente de la norma de justicia en virtud de la cual son valorados los actos creadores de las normas positivas" (127).

En defensa de su posición, escribe: "No cabe justificar la actitud de oposición al positivismo jurídico y de defensa del yusnaturalismo diciendo que el positivismo, contrariamente al Derecho natural, no dispone de criterios que permitan juzgar al derecho positivo y que, por consiguiente, no nos sirve de ayuda cuando se plantea la cuestión decisiva de saber si un derecho positivo debe ser mantenido, reformado, o eliminado por la fuerza. En cuanto teoría relativista de los valores, el positivismo aporta también criterios que permiten juzgar al derecho positivo, pero con la única restricción de que dichos criterios poseen un carácter relativo. Decir que este relativismo 'no nos sirve de ayuda' significa que nos hace tomar conciencia del siguiente hecho: es a nosotros a quienes incumbe solucionar la cuestión, porque, cuando se trata de saber lo que es justo o injusto, la decisión depende de la Elección de las normas de justicia que tomamos como fundamento de nuestro juicio de valor, pudiendo, por

---

(127) JDN, n. 29, pp. 101-102.





tanto, ser la respuesta muy diferente; esta elección, sólo nosotros mismos, cada uno de nosotros puede hacerla, nadie más, ni Dios, ni la naturaleza, ni siquiera la razón en cuanto autoridad objetiva, puede hacerlo por nosotros (...). Ahora bien, las teorías iusnaturalistas dan al hombre la ilusión de que la norma de justicia por él escogida procede de Dios, de la naturaleza o de la razón y que, por tanto, es absolutamente válida, no resultando así posible considerar válida ninguna otra norma de justicia opuesta a aquella; y muchos comparan esta ilusión al precio de cualquier 'sacrificium intellectus'" (128).

Este pretendido sacrificio del entendimiento es el recurso polémico del que se sirve el autor para ocultar el real sacrificio de fondo que, respecto al alcance de nuestra inteligencia, es consumado por su actitud empirista, que restringe nuestras fuerzas racionales al plano de lo directamente sensible. La ilusión que ve en el iusnaturalismo, y en toda postura metafísica o religiosa, es el reverso de su completo desencanto, fruto de un pesimismo y escepticismo, que están en la base de su relativismo de los valores. Por último, ¿qué sentido tiene seguir hablando de valores, de justicia e injusticia, de bien y mal, cuando se adopta una actitud relativista y subjetivista como la que nuestro autor defiende? Su recurso a una elección autónoma del individuo -por lo demás difícilmente conciliable con su concepción última, de corte netamente social, de la moral- se muestra, ante el más elemental sentido común, totalmente impotente de fundar una auténtica moralidad humana o de ser la base de verdaderos juicios de valor (129).

## **6. El agnosticismo metafísico y teológico.**

En la base del relativismo kelseniano, según testimonio del propio autor, se halla una postura agnóstica frente a todo lo absoluto. "La negativa a admitir, desde el punto de vista del conocimiento científico, la existencia de un ser trascendente situado por encima de toda posible experiencia humana, es decir, la oposición a la existencia de lo absoluto en general y de valores absolutos en particular, conduce, desde el punto de vista de una teoría científica del derecho, a la afirmación de que la validez del derecho positivo

---

(128) Ibidem, n. 51, pp. 160-161.

(129) Una interesante crítica immanente del relativismo de Kelsen ha sido llevada a cabo por Recaséns Siches, Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX, Ed. Porrúa, México 1963, I, pp. 213 ss. Sin embargo, no compartimos su modo de enfocar la axiología.



no puede depender de su relación con la justicia. Semejante dependencia no podría, en efecto, existir más que si la justicia fuese un valor absoluto, es decir, si se supone la validez de una norma de justicia que excluye la validez de cualquier otra norma que no esté conforme con aquélla" (130).

No se trata de una afirmación aislada, sino de una constante en toda su crítica del derecho natural. Ya hemos tenido oportunidad de comprobar cuanta importancia atribuye Kelsen a su idea de que todo derecho natural debe tener, en último término, una base teológica. La separación entre realidad y valor, que no es sino una inmediata consecuencia del dualismo capital ser-deber ser, también se conecta estrechamente con el agnosticismo kelseniano, en cuanto la inmanencia del valor en la realidad conduciría a absolutizar el valor. Cuando hemos expuesto su crítica a las nociones de naturaleza y de razón práctica en el iusnaturalismo, hemos encontrado también la idea recurrente de que ellas remiten a un fundamento divino. Y las referencias teológicas de la Teoría Pura del derecho son numerosas: baste recordar las que salen a propósito del principio de causalidad y el de imputación, o con ocasión del análisis del ilícito. En la edición francesa de esa obra formulaba, desde un punto de vista histórico: esta observación: "En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, La ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo" (131). El derecho natural, por otra parte, siempre le pareció a Kelsen un producto de la interpretación religiosa -social-normativa- de la naturaleza. Por eso, la historia de la doctrina del derecho natural la concebía como una sociología de la creencia en el alma, dado que veía en el animismo el comienzo de lo religioso (132).

Para comprender el papel que desempeña el agnosticismo de Kelsen en esta materia, nos parecen muy ilustrativas estas palabras con las que comenzó su intervención en el coloquio con iusnaturalistas en Salzburgo en 1962: "Al aceptar la invitación para hablar del Derecho Natural en este círculo de partidarios de la Teoría del Derecho Natural, no lo he hecho, naturalmente, con la intención de convertir a usted a mi idea de que, desde un punto de vista científico racional, no se puede admitir la validez de un Derecho Natural, pues tengo por imposible tal conversión. Y ello por

---

(130) JDN, n. 29, p. 100.

(131) TP (ed. fr.), p. 65.

(132) Cfr. R.A. METALL, Hans Kelsen, Vida y Obra, cit., 73. Esta interpretación de la historia de las religiones no calza de ninguna manera con los más modernos resultados de la etnología.



una razón, que brota precisamente del tema sobre el que quiero hablarles: la base de la Teoría del Derecho Natural. Pues se trata de la respuesta que hay que dar a la pregunta de bajo qué presupuesto se puede únicamente aceptar la validez de un Derecho eterno, inmutable, inmanente a la naturaleza; de tal manera que quien, como yo, cree no poder aceptar ese presupuesto, tampoco puede aceptar su consecuencia. Dicho presupuesto es -como intentaré mostrar- la creencia en una Divinidad justa (...). Discutir sobre la certeza de esta creencia es cosa totalmente inútil. Ni el que tiene esta creencia ni el que no la tiene pueden ser convencidos de lo contrario mediante argumentos racionales. Pero al sustentar yo la opinión de que esta creencia es el presupuesto esencial e ineludible de una verdadera Teoría del Derecho Natural, me encuentro, frente a aquellos de ustedes que a pesar de hacer suya dicha creencia participan de la extendida opinión según la cual la validez del Derecho Natural es independiente de la voluntad de una Divinidad omnipotente y de bondad infinita, en una extraña posición. Aparezco así aquí no -como ustedes quizá me suponen- cual un advocatus diaboli, sino, todo lo contrario, como un advocatus Dei (133).

Para Kelsen, el problema no es racional, sino de fe. En virtud de su visión empirista de nuestra razón, estima imposible que ella alcance lo Absoluto. No cabría ningún conocimiento racional de Dios. Sólo podría llegarse a El por la fe, por una fe que, lógicamente, aparece como irracional, en cuanto fruto de una arbitraria elección. La separación entre fe y razón que ello implica, unida a un concepto del acto de fe como dimanante del puro querer (muy en la línea de la fe fiducial), nos permite atisbar el ambiente teológico protestante de donde se nutren sus concepciones en esta materia. En todo caso, el agnosticismo de nuestro autor se extiende tanto a un acceso racional a Dios por un conocimiento metafísico, como a una vía sobrenatural a través de la fe.

Pero más importante es resaltar ahora la índole fundamental de esta razón del positivismo kelseniano. Quizá la separación Sein-Sollen, o el monismo positivista, constituyen motivos más inmediatos en su rechazo del derecho natural. Sin embargo, todas esas razones remiten a una base última que Kelsen, lejos de esconder, proclama con total sinceridad: su negación de Dios. Poniendo entre paréntesis la posible connotación militante que el término "ateo" conlleva -connotación que no cuadra con el indiferentismo kelseniano- se puede decir, en fórmula que puede sorprender, pero que se atiene rigurosamente a la mente del jurista de Viena: la razón última del positivismo kelseniano es su ateísmo.

---

(133) Cfr. Bases de la Teoría del Derecho Natural, cit., pp. 577-578. Subrayado en el texto original.





Ello no significa, obviamente, que toda adhesión a la Teoría Pura provenga de su actitud atea, ni implica tomar ahora partido, por ahora, en la controvertida cuestión de las relaciones entre los fundamentos ideológicos de la doctrina pura y los resultados teórico-jurídicos que alcanza. Es simplemente una afirmación de que se ciñe a la verdad histórica, tal cual se manifiesta explícitamente en las formulaciones del autor.

Pero es una verdad que al jurista, interesado en la Teoría Pura, debe hacerle reflexionar: un sentido crítico muy primario obliga a tener muy presentes, a la hora de valorar una doctrina, sus fundamentos tal como los da a conocer el mismo autor. En cualquier caso, quien tiene el peso de la prueba es el que aspire a demostrar que el positivismo kelseniano puede conciliarse con una postura abierta a la trascendencia. No se trata, sin embargo, de estigmatizar a priori y en su conjunto, a la Teoría Pura, como atea (134), pero sí de tener en cuenta un dato muy relevante que afecta a sus mismos cimientos.

Al mismo tiempo, queda abierta una interrogante decisiva: si las mismas bases del positivismo kelseniano -en particular la separación entre ser y deber ser, que se defiende como una evidencia- se hallan tan ligadas con determinadas actitudes frente a las cuestiones últimas que el hombre siempre se ha planteado -sobre su origen y destino, sobre la existencia de Dios, etc.-, ¿no hay motivo para desconfiar de la supuesta pureza de toda la Teoría? La negación de Dios, que conduce a apartar de la ciencia todo lo que de algún modo podría conectarse con su existencia y sus operaciones respecto al mundo, entraña un supuesto metafísico y religioso que, no por ser negativo, deja de situarse en un plano distinto y superior al de las ciencias fenoménicas. Parece que la tesis agnóstica influye realmente sobre el sistema kelseniano, hasta el extremo de condicionar la misma posibilidad de su construcción. Pero esa tesis agnóstica no se deriva de la misma ciencia jurídica según las exigencias del método puro. Luego, la ciencia jurídica, para ser fiel a la pureza total -tal como Kelsen la entiende- ha de asentarse sobre un fundamento que ya no es tan puro. He aquí la paradoja: la Teoría Pura, para ser pura, requiere dejar de serlo. Estamos ante un camino de crítica immanente que ya se nos insinuó cuando comprobamos que Kelsen, rehusando admitir conclusiones provenientes de ciencias distintas de la jurídica como premisas de su doctrina, si recurría a una filosofía que, por lo demás, está hermanada indisolublemente con este agnos

---

(134) Cfr. TP (2ª ed. al.), prólogo a la 1ª ed., p. 11, donde Kelsen considera que esta crítica de su teoría sería ideológica, y por eso la descarta. Pero es el propio Kelsen quien nos enseña que su postura en materia de metafísica y religión condiciona todo su edificio doctrinal.



ticismo que tan importante se nos revela en la crítica del iusnaturalismo y, por lo tanto, en la fundamentación del positivismo.

## 7. La concepción positivista del saber.

El relativismo axiológico y el agnosticismo se corresponden con una concepción positivista de la ciencia, y con la negación de la metafísica, que desempeñan un papel tan capital en la construcción de la Teoría Pura. Kelsen confía sólo en las ciencias particulares que se atienen al nivel fenoménico-experimental, y veda a la razón del hombre todo intento de acceder más allá de las fronteras de las ciencias positivas. De nuevo lo mejor es atender a nuestro autor, que así defiende polémicamente su posición: "La justificación de la teoría del Derecho natural, que intenta resolver el problema de una justicia absoluta, ha pretendido también lograrse alegando que el problema existe y que el positivismo jurídico relativista no es capaz de resolverlo. No negaremos nosotros que el problema de una justicia absoluta existe en el sentido de que los hombres sienten y sentirán sin duda siempre la necesidad de justificar su comportamiento declarando que es absolutamente bueno y justo; tampoco negaremos la tesis de que el positivismo jurídico relativista no es capaz de suministrar semejante justificación. Ahora bien, de la existencia de una necesidad no cabe concluir que dicha necesidad pueda ser satisfecha por medio del conocimiento racional, ni que el problema pueda ser resuelto de esa manera. Por el contrario, la ciencia puede mostrar que el problema no puede ser resuelto así, porque no hay y no puede haber justicia absoluta para un conocimiento humano: hay, pues, que excluir este problema del ámbito del conocimiento. La misión del conocimiento científico no consiste solamente en responder a las preguntas que nosotros le dirigimos, sino también en enseñarnos qué preguntas podemos juiciosamente dirigirle" (135).

Kelsen piensa, como veíamos, que cada uno debe escoger la forma de justicia, de modo que esta restricción de las posibilidades de nuestro conocer le dejaría abierta una vía, incluso más auténtica -en cuanto no pretende apoyarse en justificaciones que serían imposibles- para actuar en el terreno moral. Este irracionalismo, que es escepticismo -puesto que impide hablar racionalmente de estos temas, salvo para describir lo que cada uno elige- imposibilita cualquier fundamentación cognoscitiva de la moral. Conviene hacer notar que de sus opciones subjetivas -en pro de la paz, la tolerancia, etc.- Kelsen se esfuerza por no extraer la más mínima consecuencia en el terreno de la ciencia del derecho, por

---

(135) JDN, n. 51, pp. 159-160.



lo que muestra los resultados de esta actitud científicista en esta disciplina, tal como los hemos expuesto en este estudio. La necesidad de justificación moral del comportamiento humano, de que nos habla Kelsen, y que se funda en el mismo ser racional y libre del hombre, queda completamente insatisfecha en el planteamiento kelseniano.

## **8. Las contradicciones del iusnaturalismo según Kelsen.**

Por último, nos resta hacernos eco de algunos argumentos por reducción al absurdo que utiliza Kelsen. Por una parte, reprocha a los iusnaturalistas el que incurren en contradicciones internas (136). Se trata, sobre todo, de la actitud que adoptan frente al problema de las relaciones entre el derecho natural y el derecho positivo, tema en el que, contra lo que Kelsen esperaba, parecen conceder demasiada relevancia al derecho positivo, hasta convertir el derecho natural casi en un mero instrumento para fortalecer el derecho positivo. También se fija en lo contradictorio que es admitir el derecho natural, sin reconocer la necesidad de su fundamentación teológica.

Como sobre esas supuestas contradicciones internas de los iusnaturalistas ya nos hemos explayado en páginas anteriores, basta ahora aludir a lo que Kelsen llama "resultados contradictorios de las diferentes teorías yusnaturalistas" (137). "El objetivo de la teoría yusnaturalista es la justicia, las normas del Derecho justo; no hay, como imaginan los partidarios de esta teoría, una sola sino muy numerosas normas de justicia diferentes y opuestas; si las normas de justicia no son como quieren los teóricos del Derecho natural, immanentes a la naturaleza, entonces no podrán ser encontradas o deducidas en la naturaleza, sino que en realidad lo que ocurre es que vienen presupuestas por dichos teóricos: por todas estas razones cada uno de éstos llega, según la norma de justicia por él propuesta, a resultados muy diferentes y contradictorios (138). La historia de la teoría del Derecho natural confirma este hecho que siempre se ha manifestado como algo contrario a ella misma. No resulta difícil comprender que la teoría del Derecho natural conduce necesariamente a un fracaso en relación con los grandes problemas de justicia, decisivos en nuestra época: la alternativa democracia o autocracia y la alternativa economía libre (capita-

---

(136) Cfr. TP (ed. fr.), pp. 105-109.

(137) JDN, n. 45, p. 141.

(138) Este tema está más desarrollado en The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science, cit.





lismo) o economía planificada (socialismo). Si se cree encontrar en la naturaleza, porque se parte de esa hipótesis, la norma de justicia de la libertad (autodeterminación), se declarará que la democracia y su sistema de economía libre que garantice la propiedad individual son el único orden social natural, es decir, justo. Si se cree encontrar en la naturaleza, partiendo de esa hipótesis, la norma de justicia que reclama la satisfacción de las necesidades económicas de todos y su seguridad económica, entonces se considerará natural, es decir, justo, y se defenderá al orden social, que realiza ese ideal, incluso si, o precisamente porque, este orden sólo alcanza su objetivo a través de métodos autocráticos y de economía planificada, declarando que los medios de producción son de propiedad colectiva. En efecto, Locke ha deducido de la naturaleza la democracia, Filmer la autocracia, Cumberland la propiedad individual y Morelly la propiedad colectiva. Con los métodos de la teoría del Derecho natural, y en lo que se refiere a la justicia, se puede probar y, por lo tanto, no se prueba nada" (139).

Es el argumento característico del escepticismo a través de todos los tiempos: el escándalo ante las contradicciones de los filósofos. En Kelsen toma un cariz especial, en cuanto ello significaría oponerse al derecho como orden. "En efecto, las normas así obtenidas estarán necesariamente en contradicción unas con otras, no pudiendo, pues, representar un orden justo del comportamiento humano, en cuanto que las normas que están en conflicto unas con otras resultan incapaces de formar un 'orden normativo'" (140). Al fin de su existencia -a pesar de su abandono del ideal lógico del orden como ausencia de conflictos entre las normas- su pensamiento sigue los mismos cauces: "Esta es la teoría del derecho natural o racional, opuesta al positivismo jurídico, la cual, de aplicarse realmente, tendría que conducir a la anarquía total" (141). Con razón ha sostenido Villey que la idea de orden juega un destacado papel en la Teoría Pura. "Kelsen adora la coherencia, a la que ofrece en holocausto la justicia y la verdad" (142). "Kelsen quiere que toda nuestra labor como juristas esté dedicada al orden; ni siquiera a un ideal de fuerte cohesión social, que supondría una preferencia por los regímenes autoritarios; sino -cosa curiosa- a un valor intelectual, trasladado de su dominio propio, el de la ciencia, al gobierno de la vida activa (...). El siste

---

(139) JDN, n. 45, pp. 141-142.

(140) Ibidem, n. 33, p. 110.

(141) Sobre el concepto de norma, en "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", 21 (1974), p. 212.

(142) M. VILLEY, Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit, Dalloz, París 1962, p. 291. Subrayado en el original.



ma de Kelsen no es neutro y 'objetivo' más que en apariencia" (143). "De este modo -expresa Ebenstein- el ideal de justicia se reduce al principio de 'unidad sistemática'; el ideal lógico reemplaza al ético" (144). Y hace notar que esto se inscribe en la tradición germánica del "más bien haré la injusticia que sufriré el caos" de un Goethe, o del imperativo categórico -"actúa de acuerdo con una regla que al mismo tiempo pueda ser universal"- de un Kant. Tenemos ante nuestros ojos un nuevo motivo para sospechar de la ilimitada pureza de la Teoría Pura.

Como Kelsen ya ha rechazado de plano el derecho natural, no se molesta en sopesar críticamente las diversas concepciones contradictorias que señala -labor que, desde su punto de vista, sería imposible, porque para él ninguna de esas conclusiones puede ser verdadera. Ni se le ocurre la posibilidad de que en los temas que menciona como ejemplos no quepa dar una respuesta única desde la perspectiva del derecho natural. Es muy significativo que esos ejemplos se sitúen en el ámbito de los que tradicionalmente se han entendido como principios más secundarios del derecho natural. Efectivamente, resulta muy aventurado pretender que un único sistema económico o político sea el adecuado a la naturaleza humana, sin perjuicio de que haya un núcleo de derecho natural en estos temas. Por lo demás, las contraposiciones autoridad versus participación del pueblo, satisfacción de las necesidades económicas versus libertad, no resisten el menor análisis crítico.

Llegados al fin de esta presentación de los argumentos kelsenianos contra el derecho natural, quisiéramos sólo recalcar que ellos se limitan a aplicar los principios básicos de la entera Teoría Pura. La trama argumental que hemos recorrido es el revés -laboriosamente construido, por cierto- de la faz positiva que representa la misma doctrina general de Kelsen sobre el derecho. Por consiguiente, nos parece que pocas empresas hay más problemáticas que la de aislar el positivismo kelseniano de su actitud frente al derecho natural. Con mucha razón, Métall sostiene: "En estrecho contacto con los trabajos de Kelsen en el ámbito de la teoría general del derecho se encuentran sus escritos filosófico-jurídicos" (145), comprendiendo bajo esta última denominación los dedicados a la justicia y el derecho natural.

---

(143) Ibidem, p. 292. También subrayado en el original.

(144) W. EBENSTEIN, La Teoría Pura del Derecho, Fondo de Cultura Económica, México 1947, p. 121.

(145) R.A. METALL, Hans Kelsen, Vida y Obra, cit., p. 114.



#### IV. ALGUNAS LINEAS DE SUPERACION CRITICA (146).

No pretendemos llevar a cabo un estudio sistemático sobre el derecho natural y la justicia, ni acerca de las relaciones entre el derecho natural y el derecho positivo. Dado que ya hemos valorado la mayor parte de los argumentos kelsenianos contra el derecho natural, ahora nos limitaremos a señalar algo de lo que, a nuestro juicio, un iusnaturalista puede aprender, a confirmar, tras la lectura de Kelsen.

Como nuestro autor siempre refiere la expresión "derecho natural" a la norma natural, hemos considerado aconsejable imitarle en esta parte de nuestro trabajo, para evitar posibles confusiones, sin perjuicio de que estimemos esta acepción como secundaria, ya que el derecho natural -como todo derecho- nos parece que es ante todo la misma cosa justa, en este caso aquélla que es naturalmente justa. Sin embargo, al hablar de derecho natural aludiremos a aquella parte de la ley natural que es regla jurídica. Adoptamos este enfoque, por lo demás en sí mismo válido, para atenernos al uso kelseniano. Con todo, el contexto permitirá distinguir las ocasiones en las que obviamente usamos la palabra "derecho" en otro sentido.

##### A. El fundamento de validez del derecho positivo.

La búsqueda del fundamento último de la validez de las normas jurídicas positivas termina en algo metapositivo. Kelsen recurre a la Grundnorm, como fundante de la validez de todo el sistema normativo. Pero ahora no viene a cuento recordar las peculiaridades y consiguientes insuficiencias de la fundamentación kelseniana del derecho. Interesa destacar que Kelsen reconoce la existencia del problema -¿por qué vale la norma jurídica?, ¿de dónde procede su fuerza obligatoria?- y que, al procurar resolverlo, recurre a una construcción la Gundnorm- que hemos calificado de trasposición idealista de una de las funciones de la norma natural, aquélla que consiste precisamente en servir de base sustentadora, justificadora y limitante de la norma positiva. No hay mejor prueba de este último aserto que el empleo, por Kelsen, durante un tiempo, de la expresión "derecho natural lógico-ju-

---

(146) Cfr. J.A. CASAUBON, Hans Kelsen y la Teoría Pura del Derecho, "Revista de Estudios Teológicos y Filosóficos (PP. Dominicos)" (Buenos Aires), 3 (1961), pp. 213-223; G. SOAJE RAMOS, Contexto sistemático de las preguntas filosóficas sobre la justicia. Algunas observaciones, "Ethos. Revista de Filosofía práctica" (Buenos Aires), 9 (1981), pp. 103-137.





ridico" (147).

Nos encontramos ante una de las numerosas formas que adopta la insoslayable aporía de todo positivismo jurídico, a la que se refiere Hervada (148). Para concebir el derecho positivo como verdadero derecho, es decir, como algo irreducible a los puros hechos, la Teoría Pura se ve precisada a suponer algo que no es derecho positivo. Como conviene a su idealismo, esta suposición es intramental, de razón, sencillamente porque su empirismo no le permite hallar un correlato de la Grundnorm en la esfera del Sein. Pero, cualquiera que sea el valor que haya de concederse a la construcción kelseniana, observamos que el positivismo jurídico más elaborado se ve obligado, en virtud de su misma lógica interna, a recurrir a un elemento no positivo, con el objeto de impedir que el mundo del derecho sea absorbido por el de la fuerza bruta. Repárese, además, en que la doctrina de Kelsen, al concebir la norma fundamental, le aplica el esquema de toda norma jurídica. Por ello la llama "norma", y al fin termina denominándola "ficción", porque su carácter normativo reclamaria un acto de real voluntad como su fuente. Por tanto, el fundamento del derecho positivo, según la Teoría Pura, es una entidad, que, aun situada en el puro ámbito de la razón -sin un correlato sensible-, comparte los rasgos esenciales de las normas jurídicas positivas, concebidas del modo kelseniano.

En resumen, se podría afirmar que el positivismo, para ser jurídico, ha de renunciar a ser puramente positivista. Esto ya de por sí es un contundente argumento en favor de la existencia de lo no-positivo en el derecho. Ahora bien, cuando se toma conciencia de que una fundamentación meramente supuesta o ficticia, sólo es capaz de sustentar una validez igualmente supuesto o ficticia -ya que es imposible que la validez de una norma positiva, fundamentada en la Grundnorm, sobrepase la firmeza de su mismo fundamento-, y cuando a ello se agrega el carácter meramente formal de esa fundamentación, si aún se piensa que el problema del fundamento de la validez del derecho merece ser abordado, de seguro que se intentará emprender un camino distinto al de la Teoría Pura.

La base de la validez de las normas positivas no puede ser la mera fuerza, ni una suposición condicionada por la

---

(147) A menudo se ha puesto de relieve este aspecto: cfr. J. MESSNER, Ética social, política y económica a la luz del Derecho Natural, Ed. Rialp, Madrid 1967, A.P. D'ENTREVES, Aguilar, Madrid 1972, p. 141.

(148) Cfr. J. HERVADA, Introducción crítica al Derecho Natural, cit., pp. 86-87.



existencia de la fuerza. La fuerza de las leyes no tiene nada que ver con las leyes de la fuerza. La obligatoriedad de las normas positivas encuentra su fundamento en la misma realidad del hombre y de sus fines naturales. El derecho natural es precisamente la medida de la adecuación de los actos del hombre a los fines naturales en su vertiente jurídica. El derecho positivo está llamado a determinar, en el orden de los medios, aquellas reglas necesarias para una mejor obtención de los fines naturales. Como es de sentido común, los medios deben ser conformes con el fin. De ahí que las normas positivas han de conformarse con las naturales, recibiendo de ellas todo su vigor o validez. Desconectadas de las normas naturales, carecen de sentido, ya que estarían desvinculadas de los fines esenciales del hombre, y, por consiguiente, de las exigencias que dimanen del ser del hombre. Y si contrarían a las reglas naturales, las normas positivas carecen de todo valor.

De paso, la Teoría Pura nos enseña que una norma natural que fundamente la validez de las normas positivas ha de ser propiamente una norma jurídica, en cuanto ha de gozar de un valor normativo en el orden jurídico, de tal manera que invalide las normas positivas contrarias. Si hay derecho natural, entonces es derecho, o sea, norma jurídica realmente vigente, aunque en ocasiones sea ineficaz o inoperante en los hechos. Con razón Kelsen considera que ésta es una postura más consecuente que aquélla que concibe las normas naturales como meras normas éticas -o ni siquiera las ve como normas, sino como simples ideas o modelos-, incapaces de invalidar, en el plano jurídico, a las normas opuestas. Los autores que propugnan doctrinas de esta clase capitulan, en definitiva, en favor del iuspositivismo que afirma la validez de las normas positivas -siempre que cumplan ciertos requisitos formales, o mientras sean eficaces- cualquiera sea su relación con los fines naturales del hombre y las normas consiguientes de derecho natural.

Por lo tanto, el derecho natural no es una suerte de moral social, y ello por dos razones: primero, porque una moral social comprende relaciones que escapan a la justicia, por ejemplo, las de caridad; y segundo, porque el alcance del derecho natural no es sólo moral, sino propiamente jurídico, es decir, los actos contrarios al derecho natural -aun que se revistan del ropaje formal de lo jurídico-positivo- no sólo son malos en cuanto contradicen las exigencias éticas del actuar del hombre en orden a su último fin, sino también son específicamente injustos en cuanto violan estrictos derechos ajenos, y por ello carecen de valor para alterar esos derechos, con todas las consecuencias sociales que de allí se siguen: invalidez jurídica del acto, obligación de restituir o reparar, etc.



## **B. Unidad entre el derecho natural y el derecho positivo: la unidad del derecho.**

En sus andanadas contra las teorías del derecho natural, el jurista vienés siempre ha tenido en mente de manera muy especial el iusnaturalismo racionalista. Kelsen critica en particular una concepción dualista del derecho natural y el derecho positivo, como sistemas normativos distintos y paralelos, dotados en principios de igual alcance y extensión en sus preceptos. A esta concepción, tan propia del iusnaturalismo racionalista, Kelsen opone su rígido monismo positivista.

Ambas soluciones son insatisfactorias. La primera -del dualismo- porque el derecho natural no es un código detallado de preceptos que pretenden regular todas las relaciones jurídicas de manera exhaustiva. No existe tal código natural; de los solos principios y preceptos naturales no pueden derivarse de modo necesario y unívoco todas las concreciones que la vida jurídica necesita. Por eso, el derecho positivo es exigencia del mismo derecho natural. Pero no por ello ha de renunciarse al derecho natural, como si implicara una amenaza contra la validez de las normas positivas legítimas. Por el contrario, es su cimiento, lo que funda su función humanizadora y su obligatoriedad. Por supuesto que esto significa la posibilidad de declarar inválidas determinadas normas positivas, cuando se opongan al derecho natural. Pero esto no es un factor de desorden social, sino justamente un resorte de reordenación de una situación cuyo orden natural no ha sido respetado. Sin embargo, nuestro autor no puede compartir esta visión, entre otras razones, porque se resiste a pensar que haya un orden natural. Cuando se habla de éste, piensa en innumerables opiniones discordantes, y ante la ingrata posibilidad de quedar entregado a ese vaivén de posturas, prefiere apostar por el orden jurídico positivo. Ciertamente hay ámbitos en los que, por venir el orden natural casi totalmente "dado" por la sola naturaleza, existen preceptos muy concretos de derecho natural (por ejemplo, la unidad e indisolubilidad del matrimonio). En cambio, en el terreno socio-político, el orden jurídico es, en cierto sentido, más "construido" que "dado". De ahí que muchas veces no pueda esperarse en ese campo una solución unívoca de derecho natural, sino sólo unos principios y preceptos fundamentales que delimitan teleológicamente las soluciones jurídicas positivas -opinables en sí, pero avaladas por la decisión de la autoridad que ha elegido entre ellas-, y que determinan los límites de esas soluciones, más allá de los cuales se opondrían al derecho natural. Así ocurre, por ejemplo, con las formas políticas de gobierno y con muchos aspectos técnicos de la vida económica. Por lo demás, todo este problema se ilumina considerablemente si se traslada el punto de mira desde la norma a la realidad reglada, y se vuelve a situar el derecho en la misma realidad de las relaciones humanas justas. Así se evita más fácilmente el posible inconveniente de tender a concebir la norma natural según el es-





que de la norma positiva, atribuyéndole la pretensión de exhaustividad en la regulación. Esta pretensión no es sostenible ni respecto al derecho natural ni respecto al derecho positivo. Este último necesita, como veíamos, una fundamentación en el derecho natural, que le confiere su sentido y le prescribe sus límites. Además, el solo derecho positivo, tal como nos lo muestra la Teoría Pura, es incapaz de regular concretamente toda la vida jurídica: a la hora de interpretar y aplicar las normas, no basta lo positivo.

Así llegamos a una tercera solución, distinta del dualismo y del monismo positivista. Pensamos que Kelsen no la tiene en cuenta, en la medida en que siempre pareciera estar recurriendo al esquema dualista del racionalismo, sea cual sea la doctrina iusnaturalista que examine. Más que rotular esta tercera vía, esforcémosnos por describirla en líneas generales.

El derecho natural y el derecho positivo se integran en un sistema jurídico unitario, único. Esta es la primera idea clave de este planteamiento. Como tan bien ha intuido el jurista de Viena, el orden jurídico debe estar dotado de unidad. Gran parte de las colaboraciones de la doctrina pura responden a este interés de unificación, pero buscan la unidad del derecho desde presupuestos idealistas, de tipo lógico: el gran signo de la unidad del orden jurídico sería la ausencia de contradicciones insalvables entre las normas jurídicas. El propio Kelsen tuvo que reconocer, en los años finales de su vida, que esta eliminación de los conflictos es imposible para una ciencia jurídica positivista. En efecto, carece de criterios apropiados que permitan encarar esos conflictos. ¿Dónde hallar esos criterios? En vano recurriremos a los artificios lógicos y a los razonamientos sutiles. Kelsen ha probado esta senda con todo rigor y ha confesado que era impracticable. El criterio principal para resolver los problemas jurídicos sólo puede encontrarse en la misma realidad jurídica, o sea, en la materia sometida a la regulación. El manejo de los textos positivos, la localización y jerarquización de las fuentes, la solución de problemas de competencia, etc., resultan indispensables al enfrentarse con un determinado problema jurídico, dada la formalización del orden jurídico. Pero el elemento decisivo, que se revela en toda su importancia cuando los anteriores caminos se muestran insuficientes, pero que siempre ha de estar presente -incluso ante cuestiones muy técnicas- reside en el núcleo de juridicidad que pertenece a la misma realidad social, ya que este núcleo prefigura y orienta cualquier regulación positiva.

La unidad del orden jurídico no puede cifrarse en la ausencia de contradicciones entre normas positivas. Tampoco puede atribuirse a una única fuente -una sola voluntad- de la que procederían todas las normas. En la Stufenbauthéorie, de algún modo y aunque sólo sea en un plano ideal o lógico,



se persigue una unidad de este tipo. Pero este principio de unificación es perfectamente inexistente: las normas se originan de múltiples modos y, por lo tanto, provienen de múltiples voluntades. Si caben normas en conflicto, entonces también este intento de búsqueda de la unidad de fuente se ve seriamente comprometido en el último Kelsen.

Sólo nos queda la vía realista. ¿Por qué el orden jurídico ha de ser único? Sencillamente porque la realidad regulada está dotada de unidad. A cada realidad social debe corresponder una ordenación jurídica. De otro modo, no habría ordenación, sino desorden. Si hubiera una pluralidad de ordenaciones, o bien ellas coinciden -y no hay problema- o bien se contradicen -y entonces hay que optar por una-, o bien se complementan, formando una unidad de orden: es el caso del derecho natural y el derecho positivo. Compartimos la preocupación de Kelsen por lograr un orden jurídico. El derecho es esencialmente un principio de ordenación de la realidad social. Pero, contra el positivismo kelseniano, no identificamos el orden jurídico con el orden positivo. El auténtico orden jurídico se basa en el orden natural, que articulado con el positivo conforma una unidad: un solo orden. El orden positivo contrario al natural no es más que orden aparente: tiene el profundo desorden de cuanto aparta al hombre de sus fines esenciales. No nos parece, por tanto, muy acertada la contraposición entre las exigencias del orden y la seguridad, y las de la justicia. La justicia es virtud que precisamente lleva a respetar el orden jurídico, incluido, por supuesto, su elemento o factor positivo.

Necesariamente el derecho natural y el positivo han de formar un todo unitario, un ordenamiento o sistema único. El derecho que regula una sociedad, y el derecho que resuelve un conflicto, debe ser unitario; si no, no habría regulación ni solución. En esa unidad entran tanto elementos naturales como positivos. Ambos, como hemos comprobado, son indispensables. Los positivos se subordinan a los naturales, y si contradicen a éstos ha de negarse su pertenencia al orden jurídico integral. En caso de conflicto entre los elementos positivos, el recurso último y decisivo consiste en acudir a los naturales. De esta forma, ni el derecho natural ni el derecho positivo son principios totales de ordenación jurídica: ambos se requieren mutuamente, y confluyen armónica y jerarquizadamente en la ordenación social justa. Por otra parte, lógicamente habrá una pluralidad de órdenes de acuerdo con la pluralidad de realidades sociales.

Esta unidad entre las normas naturales y las positivas trae múltiples consecuencias, de gran importancia teórica y práctica. En el siguiente apartado expondremos el modo como influye en la determinación del objeto de la ciencia jurídica. Pero antes desearíamos detenernos en dos aspectos que se iluminan considerablemente si se tiene presente la tesis que venimos sustentando.



El primero de ellos se refiere a las sanciones del derecho natural. Como éste no constituye un sistema aparte del derecho positivo, y dado que, por otra parte, el derecho positivo se justifica en cuanto derivación suya, afirmamos, con Hervada (149), que, en el plano jurídico, el sistema de sanciones o de garantías de eficacia del derecho natural es exactamente el mismo que el del derecho positivo. Desde el punto de vista jurídico -en el que se coloca el jurista- no interesan otro tipo de sanciones extrajurídicas que indudablemente se siguen de las infracciones al derecho natural. Con esas violaciones del orden impuesto, por su misma naturaleza, el hombre se perjudica a sí mismo, experimenta el reproche de su conciencia, etc., por atenernos al solo plano de las sanciones naturales. Pero esas sanciones no pertenecen al ámbito jurídico. Las sanciones jurídicas miran la acción contraria al orden natural sólo en cuanto lesiona derechos ajenos, de otros individuos o colectividades, y se encaminan a la defensa o restauración de ese orden jurídico. Este sistema de garantías del orden jurídico, en el plano jurídico, necesita ser instituido positivamente, mediante la creación de tribunales, procesos, penas, mecanismos de ejecución, etc. A falta de tales instituciones positivas -evidentemente basadas en exigencias que brotan de la misma condición natural del hombre con las modalidades que presenta en cada tiempo- sólo cabría el recurso a la autodefensa individual o colectiva. Pero como este sistema está lleno de peligros, una mejor ordenación jurídica reclama el establecimiento de otros medios de amparo de la justicia, que tutelen el orden jurídico de su conjunto, tanto en sus elementos naturales como positivos.

La unidad del ordenamiento jurídico arroja también mucha luz en materia de interpretación jurídica. Todo el quehacer jurídico, según veíamos, se ordena a la práctica instauración del orden jurídico en la sociedad real, lo que consiste en el reconocimiento y tutela de los derechos de cada uno. Por eso, el problema jurídico por excelencia es aquél que consiste en determinar cuál sea el derecho de cada uno en un caso dado: es el clásico "decir el derecho". La interpretación de las normas, operación tan delicada y compleja, sólo se entiende y se lleva a cabo correctamente si se conecta con su verdadero norte: descubrir lo justo en cada situación. Para lograr este objetivo, el jurista ha de tener a la vista el orden jurídico global que se refiere a determinada materia. Los elementos o factores de derecho natural habrán de tomarse necesariamente en cuenta. Por la misma índole de la relación entre derecho natural y derecho positivo -que es equiparable a la relación entre fines y medios-, las reglas positivas deberán ser interpretadas conforme a las naturales. Otro modo de proceder deja privada de sentido a la la-

---

(149) Cfr. J. HERVADA, Introducción crítica al Derecho Natural, pp. 181-183.





bor interpretativa del ordenamiento positivo. Para comprobar esto, que acaso a alguno le parezca excesivo, basta cubrir el capítulo VIII de la Teoría Pura del derecho (2ª ed. al.), y contemplar la respuesta kelseniana al gran problema de la interpretación jurídica, tan central en la labor del jurista. Esa respuesta, formulada en nombre del más extremado y coherente de los positivismos, equivale a un temeroso silencio. Kelsen no se arriesga a proporcionar el menor indicio metodológico al intérprete, por no incurrir en la tacha de no científico e ideológico. Ni siquiera nos ofrece el modo de dilucidar cuáles son las posibilidades que integran el marco de la norma general, y hasta nos abre las puertas para salir, a voluntad, fuera de ese marco. Por todo esto, no sería demasiado aventurado resumir la actitud de la Teoría Pura en esta materia como un ¡Haz lo que quieras!

¿Cómo superar la teoría interpretativa de Kelsen? El mismo autor señala con toda claridad cuál es el recto camino, precisamente en cuanto nos enseña que con el solo derecho positivo es imposible encontrar una solución correcta en cada caso. Así aprendemos que, para tener esperanzas de alcanzar esa solución, hay que recurrir al derecho natural. Obviamente la solución jurídica correcta no es comparable al resultado exacto de una operación matemática. Resolver ecuaciones algebraicas tiene bien poco que ver con la misión de hacer justicia. Pero el carácter prudencial inherente a toda decisión no obsta a la existencia de una verdad práctica. Esta será más o menos difícil de desvelar, pero, fuera de ella, la interpretación es un sinsentido. Interpretar no es abrir una gama de posibilidades ante los ojos del que opera en la vida jurídica. Hay razón para esperar algo más de parte del científico del derecho.

### C. El derecho natural en la ciencia del derecho.

Si el derecho, en su unidad, es en parte positivo y en parte natural, entonces la ciencia del derecho ha de estar abierta no sólo al derecho positivo, sino también al natural. Limitada al solo derecho positivo, dejaría de plegarse integralmente a la misma realidad de su objeto. Por esto, el realismo gnoseológico nos impulsa a rechazar el prejuicio de quienes recortan la tarea del jurista que hace ciencia al ámbito del solo derecho positivo.

Esta experiencia limitante, cuyo paladín indiscutido es Kelsen, es suficientemente desalentadora. Ya hemos recordado la solución de la Teoría Pura -o, mejor dicho, la ausencia de solución- frente al problema de la interpretación.



Consideremos ahora la postura Kelseniana ante las lagunas en el derecho, quizá una de las materias en las que más "brilla por su ausencia" el derecho natural.

Nuestro autor niega la posibilidad de las lagunas jurídicas que llama auténticas, es decir, la hipótesis en que un caso jurídico no podría resolverse por medio del solo derecho positivo. En los supuestos habitualmente considerados como lacunosos, Kelsen opta por la "libertad", es decir, por sostener que el derecho positivo no estatuye, en tal evento, no previsto, ninguna obligación ni derecho. Por ende, el juez habría de rechazar toda demanda que pretendiera ver en tales situaciones, no reguladas positivamente, la existencia de un derecho perturbado o una obligación incumplida. Estaríamos ante un conflicto no resuelto jurídicamente. Pero de hecho los ordenamientos positivos regulan las lagunas. Ya conocemos la interpretación que nuestro autor da a este hecho. Viene a sostener que los jueces serían víctimas de un engaño institucionalizado por parte de los legisladores, los que, para asegurar una mayor observancia del derecho positivo, les harían creer que los casos en que los jueces no aplican el derecho positivo serían supuestos en los que lógicamente sería imposible esa aplicación. Pero Kelsen, en todo este ingenioso desarrollo, parte de un supuesto: de hecho los tribunales en algunas ocasiones resuelven los casos que se les presentan de acuerdo con normas y principios no contenidos en las normas positivas aplicables. Incluso más, el mismo Kelsen atestigua que, en las circunstancias ordinarias, para determinar la solución concreta, dentro del marco establecido por las normas positivas generales, echan mano de normas que no pertenecen al derecho positivo (150).

Con ello, Kelsen se opone a un positivismo puramente legalista y a su idea de la plenitud del ordenamiento jurídico, dando entrada en el proceso de producción del derecho a elementos no positivos. Llegados a este punto, si no se quiere caer en la arbitrariedad judicial en la que nos deja el jurista vienés -al concebir esas normas y principios no positivos como puramente subjetivos y relativos-, sólo hay una solución coherente: reconocer que esos elementos no positivos, en cuanto regulan situaciones y problemas jurídicos, han de ser también jurídicos, y, en cuanto proceden de la misma realidad con independencia de las normas positivas, deben ser naturales. Esto implica abrir paso al derecho natural en la actividad jurídico práctica y, al mismo tiempo, dejarle un sitio -y muy destacado- en la misma ciencia del derecho que aspira, con sus conceptos y teorías, a prestar un auxilio a esa actividad práctica.

---

(150) Cfr. TP (2ª ed. al.), n. 46, p. 354.



Si se reconoce que el derecho natural es derecho realmente vigente, la Teoría Pura ya le ha previsto un ancho campo dentro de la ciencia jurídica. Este es un servicio inestimable al iusnaturalismo realista, que debemos agradecer a Kelsen, quien ha contribuido significativamente a desterrar la ingenuidad del positivismo legalista. El tan denigrado derecho natural se "infiltra" en la vida jurídica de todos los días y hasta la más pura de las doctrinas jurídicas no pueden dejar de tomar nota de la "infiltración". ¿Cómo podrá renunciar la ciencia jurídica al estudio de esos elementos no positivos? Pedirle que prescinda de ellos, ¿no es solicitarle que deje de abarcar la realidad jurídica en su conjunto, en toda su riqueza y complejidad?

La presencia del derecho natural en los estudios jurídicos a nivel científico suscita una dificultad de principio. De acuerdo con una mentalidad muy arraigada, la ciencia del derecho debiera limitarse al derecho positivo, quedando reservado el derecho natural para la filosofía jurídica. Precisamente por ser ciencia positiva -es decir, en el sentido más restringido de la palabra, un conocimiento fenoménico, por las causas próximas o aparentes- pareciera lógico que se ciñese al estudio del derecho positivo. Según su estatuto epistemológico, esta restricción de su objeto parecería inevitable.

¿Cómo una ciencia positiva podría ocuparse de algo no positivo? La explicación de esta paradoja requiere algunas puntualizaciones. Por una parte, una captación esencial del derecho natural necesariamente ha de realizarse en un plano ontológico. Más aún, la misma conceptualización esencial del derecho en general también corresponde a ese nivel. Por eso, no es oficio del jurista a nivel científico el preguntarse ¿qué es el derecho?. La pregunta que le define es otra: ¿cuál es el derecho?, aunque se formula en un terreno general, sin descender al caso concreto, campo que corresponde a la prudenencia jurídica.

Para saber cuál es el derecho, el jurista necesariamente ha de tener en cuenta los componentes naturales del orden jurídico. No se dedicará a su análisis filosófico, sino que buscará hacerlos más operativos en la vida jurídica, para una mejor ordenación de ésta. Aquí nos presta su gran servicio la vieja noción de subordinación entre las ciencias: la ciencia jurídica toma ciertas conclusiones que exceden su propio ámbito, y utiliza esas conclusiones -procedentes sobre todo de la filosofía del derecho- como principios de sus propios razonamientos a nivel de ciencia especulativo-práctica positiva. Así procede científicamente en lo que concierne al derecho natural.

No puede olvidarse el carácter esencialmente práctico de todo conocimiento jurídico. La ciencia jurídica no está en un mundo aparte de la realidad jurídica. Por eso, ha de





referirse al derecho natural en cuanto positivado. Así se salva el escollo epistemológico que se nos oponía. Hervada, que ha concebido la noción de positivación para explicar esta materia, se expresa así: "El derecho pertenece al orden práctico de la vida humana y es objeto de un arte o ciencia práctica. Para que algo sea practicable debe ser conocido; mientras sea desconocido permanece impracticable. Esto supuesto, parece claro que el derecho natural requiere ser conocido para que esté integrado en el sistema jurídico aplicable en cada momento histórico (vigencia histórica del derecho natural). En tanto que existe la persona humana, el derecho natural es un derecho válido, esto es, su contravención constituye de suyo una injusticia. Pero no es menos cierto que, en la medida en que unos factores de derecho natural (normas, derechos, principios, etc.) no son conocidos, no podrán estar integrados en el sistema jurídico aplicable en cada momento histórico. Pues bien, denominamos positivación al paso a la vigencia histórica (integración en el sistema jurídico aplicable) de una norma natural de derecho o de un derecho natural" (151). Entre los modos de positivación -todos ellos enlazados con el sistema de fuentes del derecho: ley, costumbre, jurisprudencia, conciencia jurídica de la comunidad, etc.-, ocupa un lugar importante la misma doctrina jurídica -también fuente de derecho-, que no puede adoptar, en este problema del derecho natural, una actitud pasiva, limitándose a dejar constancia de los datos de derecho natural ya integrados en las demás fuentes. Su postura es activa: ha de discernir, en primer lugar, lo que es de derecho natural y lo que es de derecho positivo en esas regulaciones, en las que ambos factores están inextricablemente unidos. Este discernimiento, por cierto, es en ocasiones especialmente difícil. Y en sus tareas de sistematización y exégesis del derecho a nivel científico deberá estar iluminada por aquellos principios, criterios y datos que reciben de un saber propiamente ontológico acerca del derecho. Nos parece importante poner de relieve la importancia de la tarea de los juristas en esta labor de positivación progresiva del derecho natural: en efecto, sus teorías, sus interpretaciones, etc. repercuten de modo considerable en la regulación positiva de la vida jurídica, y en las decisiones jurídicas concretas.

La contribución del jurista no se agota en la positivación del derecho natural, sino que se manifiesta también en la formalización del mismo. El sistema jurídico necesita una adecuada formalización técnica, que garantice su operatividad práctica. Los elementos naturales no escapan a estos requerimientos del sistema jurídico. El jurista debe esforzarse por contribuir al perfeccionamiento de las técnicas que hagan más efectiva la vigencia del derecho natural. Piénsese

---

(151) J. HERVADA, Introducción crítica al Derecho natural, cit., p. 177. Subrayado en el original.



se, por ejemplo, cuanto ayuda una adecuada técnica constitucional en orden a una mejor defensa de los derechos fundamentales de la persona humana. Analícese la relación entre el principio de autonomía privada y el principio de legalidad en la actuación de la Administración pública, y se caerá en la cuenta de que éste último formaliza de alguna manera la exigencia natural de que la Administración respete la legítima autonomía de las entidades no estatales y de los particulares. Ella sólo podrá intervenir si cuenta con una autorización legal, la que, a su vez, tiene ciertos límites constitucionales, que se fundan sobre todo en la existencia de derechos humanos naturales, resguardándose estos principios de legalidad y constitucionalidad mediante los correspondientes recursos administrativos y judiciales.

#### **D. El fundamento trascendente del derecho natural.**

Kelsen sostiene que el derecho natural reclama, por necesidad intrínseca esencial, un fundamento trascendente, divino. El derecho natural debe basarse en la existencia de Dios. De ahí que rechace terminantemente el célebre etsi Deus non daretur de Grocio, es decir, la posibilidad de que el derecho natural existiera aunque no hubiera Dios o no se preocupara de las cosas humanas.

Desde su positivismo a ultranza, Kelsen lleva a cabo lo que podría denominarse una crítica immanente del iusnaturalismo racionalista. El punto de partida de esa crítica es su postura voluntarista respecto a la noción de la norma. Como la norma sería esencialmente el sentido de un acto de voluntad, la afirmación de que hay normas naturales, independientes del querer humano, debería proceder, en buena lógica, de la afirmación de una voluntad suprahumana, la Voluntad de Dios. De esta manera, el reproche a Grocio -que concibe el derecho natural como emanado autónomamente de los propios principios internos de la naturaleza humana- se realiza desde la perspectiva del voluntarismo, que el propio autor holandés comparte, demostrando así que el etsi Deus es rigurosamente contradictorio con el voluntarismo (152).

A la luz de esta crítica interna del iusnaturalismo moderno, Kelsen nos declara cuál es una de las más poderosas razones -se no la más- que le impiden ser partidario del derecho natural: su agnosticismo en materia metafísica y religiosa. Si el derecho natural supone la existencia de Dios, y se niega al hombre todo tipo de conocimiento sobre Dios,

---

(152) M. SANCHO IZQUIERDO-J. HERVADA, Compendio de Derecho Natural, cit., II, pp. 317-319.



entonces -razona el autor- tampoco puede haber ningún conocimiento acerca del derecho natural.

De esta posición kelseniana nos parece que podemos extraer valiosas enseñanzas, siempre que la hayamos depurado de una serie de elementos insostenibles.

En primer lugar, el argumento de Kelsen contra Grocio supone el voluntarismo en la concepción de la norma o ley. Sin desconocer la intervención de la voluntad en la producción de la ley, nos parece que la tesis tomista del intelectualismo moderado responde mucho mejor a la realidad de la norma como configuradora de un orden, y por tanto, de una disposición de las cosas hacia un fin. La ley es, pues, fruto de la razón práctica, aunque supone necesariamente la participación de la voluntad, en cuanto a ésta le corresponde tender hacia el fin. Kelsen es consciente de una de las consecuencias que esta doctrina intelectualista acarrea, en el sentido de que Dios no puede no querer la ley natural, porque el bien y el mal no dependen de la libertad divina, sino que, conocidos por su Sabiduría, dependen de su mismo Ser infinitamente bueno. Sin embargo, nuestro autor interpreta a los autores intelectualistas con esquemas voluntaristas (153). Su voluntarismo irracionalista se nos presenta como el primer elemento que debemos descartar si aspiramos a calar mejor en esta cuestión.

El jurista vienés, por otra parte, considera que el derecho natural se apoya sobre la creencia en la existencia de Dios. Como agnóstico convencido, sólo se imagina una fe irracional, o sea, una fe completamente separada de la razón y que se opone a los resultados del conocimiento científico. Niega, pues, todo camino de conocimiento racional de Dios. Esta mentalidad, tan característica en múltiples pensadores modernos, corresponde a un rechazo de la metafísica. Si renunciamos al postulado antimetafísico, nuestra razón se abre al ser, y puede alcanzar su última causa eficiente y final -Dios- a partir del conocimiento de las realidades finitas. En el plano del conocimiento racional, se puede elaborar una metafísica y coronarla con una teología natural, como lo ha llevado a cabo paradigmáticamente Santo Tomás de Aquino. De este modo, la fe, aunque vaya más allá de la razón, no se separa ni se opone a ésta, y se advierte una perfecta armonía entre ambas. El fideísmo constituye, por tanto, la segunda pieza del análisis kelseniano de la que hemos de prescindir.

Muy en dependencia del voluntarismo y del fideísmo, Kelsen tiende a confundir el derecho natural con el derecho divino-positivo, es decir, con la ley promulgada positivamente

---

(153) Cfr. H. KELSEN, Bases de la Teoría del Derecho Natural, pp. 581 y ss.





por Dios en el Antiguo y Nuevo Testamento. Si el derecho natural depende sólo del querer divino, y si sólo puede conocerse mediante la fe, resulta muy explicable que se lo conciba según los cánones del derecho divino-positivo, que, como parte de la Revelación sobrenatural, sólo es cognoscible a la luz de la fe. Por supuesto que el derecho divino-positivo recoge el contenido del derecho natural, promulgándolo para facilitar su conocimiento por los hombres, que tan a menudo experimentamos la dificultad de un acceso racional al mismo. Pero la confusión entre ambos implica la negación del derecho natural, en cuanto parte de la ley natural, captada por la razón como exigencia de la misma naturaleza del hombre.

Sin embargo, al margen de sus posturas fideístas y voluntaristas, y aclarada la confusión entre derecho natural y derecho divino-positivo, el planteamiento de nuestro autor nos recuerda una gran verdad: la ley natural -y, dentro de ella, el derecho natural- presupone lógicamente el concepto de Dios-Legislador, y ontológicamente la existencia de Dios. Si bien el hombre puede sentir una obligación moral concreta, como, por ejemplo, el deber de educar a sus hijos, sin conocer a Dios o sin pensar en El, la obligatoriedad absoluta de ese deber y de cualquier otro no puede ser justificada sin recurrir a Dios. En otros términos, aunque el conocimiento de la existencia de Dios-Legislador no sea un presupuesto epistemológico imprescindible para advertir que algo es bueno y debe hacerse, esa verdad es un presupuesto lógico y ontológico de la existencia y obligatoriedad de la ley natural.

Mostremos ahora brevemente cómo la ley moral natural se funda ontológicamente en la existencia de Dios (154). Esta vía para llegar a Dios se funda en un dato que el mismo Kelsen, a pesar de su voluntarismo, intuye en cierto modo. Nos referimos al hecho de que la ley natural se nos presenta como dada con la naturaleza humana, no como creación de la propia razón humana. El hombre no es su propio legislador en lo que concierne a la ley natural. Por eso, ésta reclama una causa eficiente que explique metafísicamente un ser, y así llegamos a una razón y voluntad superiores al hombre, que producen una ordenación legal, sin sujetarse a su vez a una regulación superior (aquí está presente también el principio de no regreso al infinito, que Kelsen utiliza en su construcción de la Gundnorm). Tal norma suprema es lo que tradicionalmente se conoce como ley eterna de Dios. La ley natural aparece así como participación de la ley eterna en el hombre, según la famosa definición del Aquinate (155). Por lo demás, también se puede emprender una vía semejante si se parte de la existencia de auténticos valores, no elegidos por el hombre sino dados en lo real: el relativismo no es conciliable con la existencia de Dios.

---

(154) A. GONZALEZ ALVAREZ, o.c., pp. 295-303.

(155) Cfr. Summa Teológica, I-II, q. 101, a. 2.



Así se evitan otros dos malentendidos que pueden originarse en la lectura de Kelsen. El primero consiste en la no distinción entre el orden de nuestro conocimiento y el orden de la realidad. Según nuestro modo natural de conocer, primero captamos la ley natural, y ella nos proporciona un camino de acceso racional a Dios. En la realidad, obviamente es al revés: primero Dios, al crear nuestra naturaleza, nos da la ley natural; y luego nosotros podemos conocer esa ley recibida de Dios. La segunda confusión puede provenir del olvido de la noción de participación, olvido tan notorio cuando Kelsen trata de la razón práctica (156), puesto que interpreta la participación con un esquema panteísta, que contradice la transcendencia de Dios sobre lo creado. Por el contrario, debe afirmarse la neta distinción entre ley natural y ley eterna: la una pertenece al mundo finito creado, la otra se identifica realmente con el mismo Dios.

A pesar de tantas precisiones como hemos debido introducir en el tratamiento kelseniano de esta materia, decíamos al comenzar que de él podíamos obtener enseñanzas de valor. La más importante consiste en percatarse de que cuando la hipótesis "si Dios no existiera" se toma como tesis, puede que quizá se sostenga por un tiempo la existencia de normas naturales, pero se termina negándolas, porque si Dios no existe, la ley natural no puede ser verdadera ley, ni cabe pensar en una obligatoriedad ni en una culpabilidad auténticas. Derribada así la ley natural, en el fondo también caen las leyes humanas, que pasan a ser meros recursos formales del poder organizado. El ejemplo de la Teoría Pura es muy decidor en este sentido. Con razón Kelsen sostiene que su relativismo axiológico es inseparable de su positivismo, y funda ambos en la negación de Dios. La superación de la Teoría Pura requiere la apertura de la mente del hombre de derecho a la más decisiva y radical de las verdades: la existencia de Dios.

---

(156) Cfr. JDN, n. 40, pp. 121 ss.